

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

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL TEOFILÂNDIA**

**PROCESSO Nº 09105e21**

**PARECER Nº 00885-21**

**EMENTA:**

O Prefeito do Município de **TEOFILÂNDIA**, Sr. Higo Moura Medeiros, encaminhou expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), aqui protocolado sob o nº 09105e21, solicitando parecer consultivo acerca do seguinte questionamento:

“a) É possível o município realizar dispensas de licitações com base nos limites estabelecidos no Art. 75, inciso I e II da Lei nº.14.133/2021, mesmo que já tenha realizado contratação via dispensa de licitação com base no Art. 24 da Lei nº.8.666/93, desde que o somatório não ultrapasse o limite previsto no Art. 75 da Lei nº.14.133/2021?

b) Para utilização da citada Lei nº.14.133/2021, se faz necessário que o município regulamente via decreto municipal?”

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 Teofilândia.

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, 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. (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.

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 primeira pergunta do Consultante**, 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.

Feitas tais considerações acerca das diferenças entre as hipóteses de dispensa de licitação previstas pelas leis nova e antiga, passaremos a aplicar tais ensinamentos à situação trazida pelo Consultante para responder ao seu primeiro questionamento.

Assim, adequando as regras acima registradas acerca da transição entre os dois regimes de licitação para responder a esta primeira 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, que entendemos seja a situação hipotética trazida pelo Consultante, 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, 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.

**Quanto ao segundo questionamento**, frise-se que muito embora uma Lei possa estar apta para produzir seus efeitos (vigência), ela pode não os produzir efetivamente, por uma ineficácia jurídica, onde há ausência de fatos aptos à subsunção da norma, ou por uma ineficácia técnica, em que há a ausência de regulamentação ou há normas que impedem a sua aplicação. Assim, pode-se depreender que a vigência de uma norma não se confunde com a sua eficácia.

A autora Aurora Tomazini de Carvalho leciona que:

“A palavra eficácia, no âmbito jurídico, está relacionada à produção de efeitos normativos, isto é, à efetiva irradiação das consequências próprias à norma. Muitos juristas a utilizam como sinônimo de vigência, denotando a qualidade da norma de produzir efeitos, mas, vigência e eficácia não se confundem. Uma coisa é a norma estar apta a produzir as consequências que lhe são próprias, outra coisa é a produção destas consequências. Existem regras jurídicas que gozam de tal aptidão, mas efetivamente não produzem qualquer efeito na ordem do direito, nem na ordem social, porque não incidem, ou porque não são cumpridas por seus destinatários.” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico. 3a.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.553-554)

Registre-se que a Nova Lei de Licitações e Contratos, muito embora esteja em vigor, muitos dos seus dispositivos ainda não possuem eficácia. Senão vejamos:

Importante salientar que diversos dispositivos da Lei nº 14.133/21 são autoaplicáveis, tais como as disciplinas sobre a instrução do processo licitatório e sobre a contratação direta, estas últimas desde que sejam aplicadas na integralidade do procedimento de contratação.

Há, no entanto, outras matérias previstas pela Lei 14.133/21, que dependem da edição de normas regulamentares. Muitos dispositivos, inclusive, preveem expressamente a necessidade de edição de regulamentos, sem os quais será difícil considerar a autoaplicabilidade das respectivas regras.

Por exemplo, o artigo 82, §6º, da Lei nº 14.133/21, prevê que “§ 6º. O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.”

Compreende-se, desta sorte, que Nova Lei tornou juridicamente possível a promoção do registro de preços sem a realização de um certame licitatório. Contudo, tal possibilidade depende de regulamento, tendo em vista que a sua disciplina foi atribuída integralmente à normatização inferior.



Importante ressaltar que os assuntos disciplinados por normas não autoaplicáveis continuarão sendo orientados pela legislação pretérita, que se encontrará em vigor até 04.04.2023, até serem editado os respectivos regulamentos.

Vale se chamar atenção para a alternativa de se recepcionar os regulamentos anteriores, editados sob a égide da legislação antiga. Contudo, esta possibilidade deve ser analisada com cautela, uma vez que os regulamentos se adéquam, precisamente, aos detalhes específicos da correspondente norma abstrata, o que pode não ser compatível com a Nova Lei.

Corroborando com este posicionamento, o doutrinador Marçal Justen Filho, assim defende:

“Promover a recepção de regulamentos anteriores para aplicar a Lei 14.133/21 desencadearia uma grande quantidade de controvérsias e disputas. Haveria uma incerteza relevante sobre a efetiva compatibilidade entre normas regulamentares antigas e a Lei 14.133/21.

Por isso, é muito mais recomendável que a autoridade titular da competência regulamentar edite novos regulamentos. Ainda que muitas das disposições desses novos regulamentos sejam mera reiteração de regulamentos anteriores, isso reduzirá a litigiosidade e permitirá a aplicação menos conflituosa de soluções que, em muitos casos, já propiciam divergências relevantes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021/ Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.)

Sendo, assim, respondendo ao que nos foi indagado nem todos os dispositivos da Lei nº 14.133/21 dependem de regulamentos para serem aplicados.

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 TCMBA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com as normas vigentes à época deste parecer. À consideração superior.

Em, 17 de junho de 2021.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**Ana Marta Meira Machado Duran**  
Assessora Jurídica