

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CASTRO ALVES

PROCESSO Nº 12921e21

PARECER Nº 01129-21

EMENTA: CONSULTA. LICITAÇÃO. LEI 14.133/2021. CONTRATAÇÃO DIRETA. DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR. REGRAMENTO PREVISTO NOS §§3º E 4º DO ART. 75 DA LEI. INTERPRETAÇÃO DO TERMO “PREFERENCIALMENTE”.

1. As hipóteses de dispensa estão previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, que trouxe, dentre outras novidades, particularidades como as destacadas nos parágrafos 3º e 4º.

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

3. 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.

4. Face a competência suplementar dos municípios para disporem sobre normas específicas acerca da matéria licitações e contratos, têm-se que o regramento introduzido pelo §4º do art. 75 da nova Lei, que estipula uma norma de pagamento (por intermédio de cartão de pagamento), não se julga como uma obrigatoriedade, mas uma prioridade, haja vista não se tratar de norma de caráter geral, podendo os demais entes, então, disciplinar a questão de

modo diverso, em face de suas peculiaridades.

O Prefeito do Município de **CASTRO ALVES**, Sr. Thiancle da Silva Araujo, encaminhou expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), aqui protocolado sob o nº 12921e21, solicitando parecer consultivo acerca do questionamento abaixo transcrito, em relação as terminologias trazidas pelos §§ 3º e 4º, art. 75, da Lei 14.133/2021:

(i) O mencionado parágrafo terceiro reza que determinadas contratações serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, daí indaga-se: essa previsão normativa traduz-se em um poder-dever, ou à luz de uma interpretação autêntica/literal, o termo “preferencialmente” representa uma discricionariedade da administração pública?

(ii) Nessa linha, o mesmo termo fora utilizado no §41 do art. 75, razão pelo qual também se indaga se a previsão legal traduz-se em um poder-dever, ou à luz de uma interpretação autêntica/literal, representa uma discricionariedade da administração pública?

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.

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 Castro Alves.

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 quatro meses, 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.

Dito isso, cumpre pontuar que a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da CF/88, em que se:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
(g.n)

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia, de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando os agentes políticos às sanções legais.

A obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório comporta **exceções**, conforme preceitua a própria Constituição Federal, que ao cuidar da matéria autorizou a legislação infraconstitucional especificar os casos que não se submetem a prévio certame.

Em consonância com o permissivo constitucional, o legislador editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) e mais recentemente a Lei nº 14.133/21, instituindo as hipóteses de contratação direta, que escapam ao crivo da licitação, denominadas de dispensa e de inexigibilidade.

Após a publicação da Lei nº 14.133/21, em 01.04.2021, a Administração Pública, por força do quanto disposto no seu art. 191, poderá optar, dentro do interregno de 02 (dois) anos a contar da vigência da nova Lei de Licitações, em contratar diretamente de acordo a nova Lei ou no modelo anterior da Lei nº 8.666/93, sendo imprescindível na descrição do aviso/instrumento de contratação direta a indicação do regime que será adotado durante todo o processo de contratação, devendo o gestor atentar para todas as particularidades da legislação escolhida e não apenas em determinado trecho da norma que autorize o procedimento que se deseja realizar.

A Doutrina é uníssona em alertar que a escolha pela novel legislação licitatória nacional, que trouxe consigo uma nova roupagem às contratações públicas, requer cumprimento das diretrizes e mandamentos gerais ali constantes, sendo necessário, portanto, adequação mínima das estruturas dos entes municipais, além da aderência à relevantes temas, como o planejamento anual, avaliação de riscos e programa de governança das contratações, a título exemplificativo, para somente assim valerem-se do novo regimento inaugurado com a Lei nº 14.133/21.

Fixadas tais premissas, 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 pelos parágrafos 3º e 4º do mesmo dispositivo, 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.

§ 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)

Questiona o Consulente se o termo “preferencialmente” presente nos §§ 3º e 4º do art. 75 da nova Lei de Licitações, tem previsão normativa de um “poder-dever” ou se representam uma discricionariedade da administração pública.

Têm-se que os procedimentos trazidos pelos dispositivos supramencionados, alvo de questionamento pelo Consulente, são novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021.

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, primeiro, 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 propósitos 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.

Desta forma, e respondendo o primeiro questionamento do consulente, essa Unidade Jurídica entende que na concepção teleológica do termo “preferencialmente” trazido pelo §3º, art. 75, da nova Lei de Licitações, possibilita o Gestor, 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. Porém, ao optar 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.

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 Niebuhr¹, o procedimento da dispensa de licitação eletrônica segue o fluxo estabelecido no artigo 72 da Lei nº 14.133/2021 para as contratações

1 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 04/08/2021.

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.

O segundo questionamento da consulta refere-se a interpretação do termo “preferencialmente” utilizado no §4º, do art. 75, da Lei 14.133/2021, senão vejamos: “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).

Quanto a esse dispositivo, entendemos que o termo “preferencial” está empregado como prioritário, mas não obrigatório. Até porque, não seria legítimo a União obrigar os demais entes Federados a pagar exclusivamente por meio de cartão magnético, matéria que deve ser disposta sobre a égide de uma norma específica.

Lúcia Valle Figueiredo² (*apud* Min. Luiz Fux nos autos do RE 1188352 RG / DF) ensina que as normas gerais têm como principais efeitos a legislação homogênea geral, não particularizante para as pessoas políticas, o cumprimento, ainda, dos princípios constitucionais expressos e implícitos, o coartamento da legislação dos entes federativos no que deve ser preservado homogeneamente, para se obter segurança e certeza jurídicas.

O artigo 22, inc. XXVII, da Constituição Federal firma a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)” (g.n). Dessa sorte, cabe a competência suplementar dos Estados, Municípios e do Distrito Federal para disporem sobre normas específicas acerca da matéria licitações e contratos, desde que observadas as normas genéricas trazidas na legislação federal.

Ressalte-se que, o Ente Federado pode declinar dessa competência suplementar, assegurada constitucionalmente, e adotar, na inteireza, as disposições da Lei nº 14.133/2021. Dizendo de outro modo, se o Ente não houver expedido qualquer norma específica em seu âmbito, a legislação federal lhe será aplicável integralmente.

Portanto, e **respondendo o segundo questionamento do consulente**, o parágrafo 4º do art. 75 da nova Lei estipula uma norma de pagamento que não se julga de caráter geral, podendo os demais entes, então, disciplinar a questão de modo diverso, em face de suas peculiaridades. Assim, temos que o termo “preferencialmente” aí estabelecido versa no sentido de prioridade, ou seja, deve o Gestor quando do pagamento das contratações diretas pelo valor **dar a devida prioridade** por intermédio de cartão de

2 FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competência administrativa dos Estados e Municípios. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 207, p. 1-19, jan. 1997, p. 10.

pagamento, cujo extrato deve ser divulgado no Portal Nacional das Contratações Públicas.

Ademais, 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.

Nosso opinativo não pretende esgotar a matéria, muito pelo contrário. Dito isto, ressaltamos a necessidade de acompanhamento da evolução jurisprudencial sobre o tema. 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, 09 de agosto de 2021.

Karina Menezes Franco
Assessora Jurídica
Auditora de Controle Externo