

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE FEIRA DE SANTANA

PROCESSO Nº 13790e21

PARECER Nº 01155-21

EMENTA: NOVA LEI DE LICITAÇÕES. APLICAÇÃO IMEDIATA. PELA POSSIBILIDADE.

a) Em regra, não há necessidade de se revogar lei municipal específica que trata sobre licitação para que as normas gerais insertas na Lei nº 14.133/21 sejam aplicadas pelo Município, uma vez que as normas específicas se inserem no rol de competência dos municípios. Porém, o Gestor deve estar atento para o fato de que não é prudente que a lei específica municipal esteja em dissonância com as regras gerais estabelecidas pela Lei 14.133/21, uma vez que tal incompatibilidade pode gerar controvérsias e dúvidas para a Administração.

b) É recomendável que o Gestor, dentro deste tempo de adaptação de 2 anos previsto pelo aludido art.191, da Lei 14.133/21, faça uma análise dos dispositivos da lei específica municipal, verificando se os mesmos estão em consonância com a Nova Lei, sendo aconselhável que se readeque os que não tiverem em conformidade com ela, evitando-se possíveis conflitos.

c) 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.

O Secretário de Administração do **MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA**, Sr. José Marcondes de Carvalho, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 13790e21, questiona-nos:

“1) Para que seja possível a aplicação imediata da Lei nº 14.133/2021, faz-se necessária a revogação da Legislação Municipal específica preexistente, com a edição de uma nova Lei ou poderá ser aplicada desde já, considerando a Nova Lei de Licitações veicula normas gerais?”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, 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.

Dito isso, importante esclarecer que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Curso de Direito Administrativo”, 27ª edição, Malheiros Editores, página 524:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.” (destaques no original)

De acordo com o quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, **a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

Fixadas tais premissas e adentrando especificamente no objeto da Consulta, o artigo 22, XXVII, da CF prevê que:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.” (destaques aditados)

Daí se extrai que compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, aplicáveis, inclusive, no âmbito municipal, podendo tal competência, em questões específicas, ser delegada aos Estados por intermédio de Lei Complementar.

Sobre o tema, vale trazer a lume o Enunciado da Súmula nº 222 do C. Tribunal de Contas da União. Confira-se:

“As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Somente dispositivos que possam ser identificados como “normas gerais” têm aplicação obrigatória aos estados-membros, municípios e Distrito Federal.

Registre-se que as normas gerais são aquelas que protegem e reproduzem princípios gerais e específicos de um determinado ramo da ciência jurídica.

Por outro lado, meros procedimentos administrativos se referem a normas específicas, e, portanto, se inserem no rol de competências das demais entidades federadas.

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.

Cumpra salientar que no texto da Nova Lei de Licitações não foi feita a separação dos conteúdos por capítulos, definindo quais se referem a normas gerais, que se aplicam a todos os entes federados, e quais dizem respeito a normas específicas, aplicáveis obrigatoriamente à Administração Federal.

Caberá aos intérpretes e aos legisladores estaduais e municipais, a identificação das normas referentes a procedimentos, competências e bens, conteúdos específicos da Administração Pública Federal.

Passando a tratar sobre a aplicabilidade da Nova Lei, consoante estabelece o art. 194, a Lei 14.133/2021 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 à 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 Consultante, frise-se que, como pôde ser visto anteriormente, em regra, não há necessidade de se revogar lei municipal

específica que trata sobre licitação para que as normas gerais insertas na Lei nº 14.133/21 sejam aplicadas pelo Município, uma vez que as normas específicas se inserem no rol de competência dos municípios.

Porém, o Gestor deve estar atento para o fato de que não é prudente que a lei específica municipal esteja em dissonância com as regras gerais estabelecidas pela Lei 14.133/21, uma vez que tal incompatibilidade pode gerar controvérsias e dúvidas para a Administração.

Assim, uma eventual incongruência entre as regras referentes a procedimentos administrativos previstas na lei municipal, por exemplo, e as normas da Lei nº 14.133/21 pode comprometer, inclusive, a eficácia das regras trazidas por esta Nova Lei.

Por isso, é recomendável que o Gestor, dentro deste tempo de adaptação de 2 anos previsto pelo aludido art.191, da Lei 14.133/21, faça uma análise dos dispositivos da lei específica municipal, verificando se os mesmos estão em consonância com a Nova Lei, sendo aconselhável que se readeque os que não tiverem em conformidade com ela, evitando-se possíveis conflitos futuramente.

Com vistas a se fundamentar a tese acima expendida, muito embora o eminente doutrinador Marçal Justen Filho não trate no trecho de sua obra, abaixo transcrito, especificamente sobre a competência dos entes municipais para legislar sobre regras específicas de licitação, podemos aplicar, por analogia, o entendimento do mesmo de que a possibilidade de se recepcionar os regulamentos anteriores, editados sob a égide da legislação antiga 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:

“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. Comen-

tários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021/ Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.)

Já no que tange à possibilidade de aplicação imediata da Nova Lei, faz-se oportuno registrar, antes, 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.

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.

Em face ao exposto, podemos registrar as seguintes conclusões:

a) Em regra, não há necessidade de se revogar lei municipal específica que trata sobre licitação para que as normas gerais inseridas na Lei nº 14.133/21 sejam aplicadas pelo Município, uma vez que as normas específicas se inserem no rol de competência dos municípios. Porém, o Gestor deve estar atento para o fato de que não é prudente que a lei específica municipal esteja em dissonância com as regras gerais estabelecidas pela Lei 14.133/21, uma vez que tal incompatibilidade pode gerar controvérsias e dúvidas para a Administração.

b) É recomendável que o Gestor, dentro deste tempo de adaptação de 2 anos previsto pelo aludido art.191, da Lei 14.133/21, faça uma análise dos dispositivos da lei específica municipal, verificando se os mesmos estão em consonância com a Nova Lei, sendo aconselhável que se readeque os que não tiverem em conformidade com ela, evitando-se possíveis conflitos.

c) 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



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

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.

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, 16 de agosto de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran
Assessora Jurídica