



NOTA JURÍDICA Nº12/2024

Procedência: Assessoria Jurídica da Subsecretaria de Compras - AJUR/Subcomp da Secretaria de Estado de Planejamento.

Interessado: Superintendência Central de Política de Compras

Número: 12/2024

Data: 27/02/2024

Processo SEI nº: 1500.01.0034615/2024-27

Processo relacionado: não há.

Referências Normativas: Lei Federal nº 8.666/93, Lei Federal nº 10.520, de 2002; Lei Federal nº 14.133/2021, Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742, de 2023, Decreto 46.311, de 2013; Decreto Federal 7.892, de 2013; Decreto Federal nº 11.462, de 2023.

Precedente: Nota Jurídica AJUR/Subcomp nº 66, de 2023, SEI (64301735); [Nota Jurídica AJUR/Subcomp nº 48, de 2023 \(62735485\)](#).

Classificação Temática: Direito Administrativo – Licitações – Transição de Regimes.

DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES – LEI Nº 14.133, DE 2021 – REGRAS DE TRANSIÇÃO – RESOLUÇÃO CONJUNTA SEPLAG/AGE Nº 10.742, DE 2023 - MARCO TEMPORAL – DISPENSA DE LICITAÇÃO –REMANESCENTE DE OBRA – LITAÇÕES FRACASSADAS E DESERTAS INSTRUÇÃO CONFORME O REGIME LICITATÓRIO REVOGADO – POSSIBILIDADE A DEPENDER DA HIPÓTESE – ADESÃO DE ÓRGÃO NÃO PARTICIPANTE (“CARONA”) – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS REGULADA PELA LEI Nº 8.666, DE 1993 – PEDIDO DE ADESÃO REALIZADO APÓS 30 DE DEZEMBRO DE 2023 – POSSIBILIDADE.

1) É juridicamente possível, após 29/12/2023, a efetivação de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, fundamentada no art. 24, XI, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a dispensa for oriunda de contrato celebrado com base na Lei Federal nº 8.666/93, cuja rescisão ocorra ou tenha ocorrido após a revogação da referida norma.

2) Tendo um edital sido publicado até 29.12.2023, uma vez caracterizada a licitação deserta, não apenas se admite a contratação direta por dispensa de licitação se atendidos os requisitos do inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, como se sujeita procedimentalmente esse expediente ao Estatuto anterior, não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21; deverão ser observadas as exigências legais como as impostas pelo artigo 26 da Lei nº 8.666/93;

3) No caso de fracasso do certame pela superioridade dos preços das propostas em face dos valores do mercado ou pela desconformidade com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes, tendo o edital sido publicado até 29.12.2023 para contratação de serviços ou fornecimento de bens, admite-se a contratação direta por dispensa de licitação uma vez atendidos os requisitos do inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e se permite a adjudicação direta nos estritos termos em que consagrado no Estatuto licitatório anterior (Lei Federal nº 8.666/93), não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21.

4) Nas hipóteses em que há licitação fracassada por (i) serem as propostas julgadas inválidas e (ii) inabilitação dos licitantes, não é viável a dispensa de licitação com base na Lei nº 8.666, de 1993, devendo-se iniciar novo procedimento licitatório, sob as regras da Lei nº 14.133/21.

5) É juridicamente admissível, após 30/12/2023, a instrução e pedido de adesão de órgão ou entidade estadual não participante a atas de registro de preços vigentes e reguladas pela Lei 8.666, de 1993, Lei 10.520, de 2002, desde que a publicação do edital para registro de preços tenha ocorrido até o dia 29/12/2013 e desde que as normas de transição do órgão gestor autorizem a operação. Do mesmo modo, a Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas gerais pode, na qualidade de gestora de ata, autorizar, em 2024, adesão de órgãos não participantes, desde que atendidos todos os requisitos do estatuto anterior.

RELATÓRIO

1. A Superintendência Central de Políticas Públicas da Seplag/MG, por meio do Memorando.SEPLAG/SUBCOMP/SCPOL.nº 3/2024, SEI (81214529), encaminhou solicitação de análise desta Assessoria Jurídica acerca de “*Dúvidas relacionadas ao regime de transição disciplinado no art. 191 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e na Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742, de 17 de abril de 2023*”.

2. O expediente ora em análise foi encaminhado eletronicamente por meio do Sistema Eletrônico de Informações – SEI! e encontra-se instruído com o Memorando retromencionado e o PARECER n.00017/2023/CNLCA/CGU/AGU (81211205), únicos documentos juntados aos autos.

3. A área consultante, em resumo, solicita esclarecimento sobre três pontos controversos (81214529):

- (i) possibilidade de contratação direta regida pela Lei 8.666, de 1993, nas hipóteses de licitações cujos editais foram publicados com fundamento regime revogado, e que resultaram desertas ou fracassadas.
- (ii) contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento relativo a contrato celebrado com base na Lei Federal nº 8.666/93, cuja rescisão ocorra ou tenha ocorrido após a sua revogação.
- (iii) possibilidade de adesão, após 30/12/2023, de órgão não participante a ata de registro de preços cujo edital tenha sido publicado com base no regime licitatório revogado.

4. Cada uma das dúvidas da área consultante será melhor explicitada e respondida em tópico apartado.

5. A Consultante requer, pois, manifestação desta Assessoria Jurídica quanto aos questionamentos expostos.

6. Em síntese, **é o relatório.**

1 – TÓPICOS COMUNS AOS TRÊS QUESTIONAMENTOS

1.1 ÂMBITO DE ATRIBUIÇÃO DO ASSESSORAMENTO JURÍDICO

7. Nos termos do art. 8º, da Resolução AGE n. 93, de 25 de fevereiro de 2021, é defeso ao Procurador do Estado “adentrar na análise de aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como nas questões adstritas ao exercício da competência e da discricionariedade administrativa, a cargo das autoridades competentes”.

8. As competências atribuídas a esta Assessoria Jurídica **não alcançam o exame de critérios de oportunidade e conveniência** levados em conta pelo gestor, e que a presente análise feita **está circunscrita aos aspectos legais e jurídicos das informações e documentos colacionados nos autos em apreço.**

9. Esclarece-se, assim, que a presente manifestação é dotada de **caráter eminentemente opinativo**, a refletir uma opinião jurídica que se ampara, sobretudo, na presunção de veracidade e idoneidade das informações técnicas subscritas pelas autoridades competentes, e, como tal, não pode ser concebida como um ato administrativo de gestão ou mesmo um ato decisório.

10. Assim sendo, o **posicionamento desta Assessoria Jurídica não deve substituir a decisão privativa do Gestor Público**, que decidirá segundo seu juízo meritório.

1.2 REGIME DE TRANSIÇÃO DA LEI Nº 14.133, DE 2021

11. Os arts. 190 e 191 da Lei 14.133, de 2021, tratam do regime de transição normativa entre a nova Lei de Licitações e o regime licitatório que foi revogado em 30/12/2023 (Leis nºs 8.666, de 1993; 10.520, de 2002; e 12.462, de 2011). O art. 191 da NLLC estabeleceu período de convivência normativa (de 1º de abril de 2021 a 30 de dezembro de 2023) no qual a Lei 14.133, de 2021 e as normas que iriam por ela ser revogadas vigoraram concomitantemente.

12. O art. 191 definiu que, durante esse período de concomitância normativa, qualquer das normas poderia ser utilizada, desde que a opção por licitar e contratar diretamente fosse indicada no edital ou no aviso/instrumento de contratação direta:

Art. 190. 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.

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. (grifamos)

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.

13. O art. 191 é complementado pelo art. 193- com redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023 -, o qual estabelece que a revogação das normas anteriores ocorreu em 30 de dezembro de 2023:

Art. 193. Revogam-se:

(...)

II - em 30 de dezembro de 2023:

- a) a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#);
- b) a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#); e
- c) os [arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#).

14. O período de concomitância (ou convivência) normativa, portanto, ocorreu de 1º de abril de 2021 até o dia 29 de dezembro de 2023. Após a revogação das leis, novos processos de licitação e de contratação direta devem, portanto, ser instruídos exclusivamente conforme a Lei nº 14.133, de 2021.

15. Uma vez feita a opção por licitar ou contratar diretamente com base no regime a ser revogado, o parágrafo único do art. 191 da NLLC prevê que o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência. O art. 190 e o parágrafo único do art. 191 da NLLC, portanto, explicitaram a **ultratividade da leis revogadas**, que consiste na possibilidade de normas produzirem efeitos jurídicos mesmo após a sua revogação.

16. O regime de transição da NLLC teve regramento tímido, o que gerou diversas regulamentações e controvérsias sobre o tema. O vácuo normativo a nova Lei atinge dois principais aspectos: **(i) ausência de definição de marco processual específico e (ii) ausência de marco temporal** – data limite para que determinado ato processual estivesse pronto e acabado, a fim de delimitar em que condições ocorreria a ultratividade das leis que viriam a ser revogadas.

17. Com o vácuo normativo, abriu-se espaço para que houvesse, em nas diversas esferas federativas, turbulento e oscilante histórico referente ao marcos para o regramento da ultratividade das leis revogadas, cuja síntese apresenta-se na tabela abaixo:

Ato normativo/parecer	Marco processual	Marco temporal (data limite)
Art. 191 da NLLC (redação original): revogação do regime anterior em 1/04/2023	Sem marco processual	Sem marco temporal
Comunicado SEGES/ME nº 10, de 31/08/2022	Publicação de edital/aviso ou ato de autorização/ratificação de dispensa e inexigibilidade	31/03/2023
Parecer AGU nº 00006/2022/CNLC/CGU/AGU, de 14/09/2022	Manifestação na fase preparatória	31/03/2023
TC 000.586/2023-4	Manifestação na fase preparatória	31/03/2023 (com recomendação de definição, pela gestão, de data limite para publicação do edital).
Portaria Seges 720, de 15/03/2023	Opção por licitar	31/03/2023
Acórdão TCU nº 507/2023, de (22/03/2023):	Publicação edital/aviso/ratificação	28/03/2024
Medida Provisória nº 1.167/2023 (31/03/2023) (MP perdeu e eficácia em 28/07/2023)	Publicação edital/aviso/ratificação	31/12/2023
Portaria Seges nº 1.769/2023 (25/04/2023):	Publicação edital/aviso/ratificação	29/12/2023
Lei Complementar nº 198/2023 (28 JUN 2023). revogação do regime anterior em 30/12/2023	Sem marco processual	Sem marco temporal
Portaria Seges/MGI n.º 4.932, de 2023: Alteração do preâmbulo da Portaria Seges nº 1.769/2023 com manutenção do marco anterior	Publicação edital/aviso/ratificação	29/12/2023

18. Com a edição da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023, o Governo Estadual de Minas Gerais definiu os marcos processual e temporal para as regras de transição/ultratividade normativa: **o marco processual é publicação do ato** (edital e dos avisos/ratificação de contratação direta) e **o marco temporal é data limite de 29 de dezembro de 2023**, ambos indispensáveis para a viabilidade da ultratividade legal dos certames regidos pelas Leis nº 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11, ou seja, para que os certames e as relações jurídicas negociais decorrentes dessas normas pudessem continuar a surtir efeitos válidos mesmo após sua revogação.

2 – LICITAÇÃO DIRETA EM RAZÃO DE REMANESCENTE DE OBRA

19. A Superintendência Central de Políticas de Compras, por meio do Memorando.SEPLAG/SUBCOMP/SCPOL.nº 3/2024 (81214529, submeteu à apreciação desta Assessoria Jurídica consulta relacionada à possibilidade de realização de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento no período de transição legal, levando-se em consideração contratos licitados e regidos com base na Lei nº 8.666, de 1993, e rescindidos já na vigência exclusiva da Lei nº 14.133, de 2021.

20. Como visto acima, o art. 191 da Lei nº 14.133, por sua vez, trata da aplicação do regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, aos processos cuja opção de licitar ou contratar tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa.

21. Para esses casos haverá, como visto acima, verdadeira ultratividade da lei anterior, uma vez que ela incidirá em relação a licitações e contratações que não foram realizadas em 30/12/2023 (data de revogação da Lei nº 8.666, de 1993), haja vista exigir a lei, tão somente, que a opção conste do edital ou aviso de contratação direta.

22. A controvérsia se inicia pelo silêncio do legislador acerca das regras de transição aplicadas especificamente à contratação do remanescente de obra, serviço ou fornecimento. Assim, a partir da situação apresentada poderia o intérprete adotar dois caminhos possíveis.

23. O primeiro pela não aplicação da lei anterior, visto que, na data da rescisão e da contratação do remanescente, a Lei nº 8.666, de 1993, já estaria revogada. Poder-se-ia defender também a existência de uma omissão intencional do legislador que buscou inviabilizar a utilização da contratação de remanescente em relação aos contratos do regime anterior e rescindidos já na vigência exclusiva do novo regime.

24. Ocorre que, como exposto acima, a Lei nº 14.133/21 permite expressamente a ultratividade da Lei nº 8.666/93 (art. 191), ou seja, a aplicação da norma, ainda quando ela já esteja revogada, a fatos ocorridos anteriormente ao final de sua vigência. Assim, para aplicação da norma anterior basta que a opção de licitar ou contratar tenha sido manifestada no momento de vigência da lei anterior.

25. Nesse sentido, observa-se o Parecer nº 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU (NUP 00688.000717/2019-98, Seq. 79), aprovado pelo Advogado-Geral da União:

Os contratos sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, que tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), terão seu regime de vigência definido pela Lei nº 8.666/93, aplicação que envolve não apenas os prazos de vigência ordinariamente definidos, mas também suas prorrogações, em sentido estrito ou em sentido amplo (renovação).

26. Ademais, a tese do silêncio eloquente fora devidamente afastada pela AGU no PARECER n.00017/2023/CNLCA/CGU/AGU. Assim, ausência normativa quanto à matéria não impede a aplicação do art. 191 da Lei nº 14.133 pela impossibilidade de o legislador antever todas as circunstâncias fáticas em que a norma será aplicável^[1].

27. Ademais, por guardar similaridade com a matéria ora tratada, destaca-se o PARECER nº 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU (NUP 00688.000717/2019-98, Seq. 79), que consignou que até mesmo os contratos originados de Ata de Registro de Preços permanecerão regidos pela Lei nº 8.666/93, desde que a opção de licitar seja pelo regime anterior:

74. Nesta feita, necessário prever algo que certamente será uma questão prática vivenciada pelos órgãos públicos: realizada a licitação sob o regime da legislação antiga, em 2022, respeitado o prazo de convivência normativa e gerando-se uma ata de registro de preços que perdure até o ano de 2023 ou 2024 (ex: janeiro de 2023 a janeiro de 2024), será possível firmar as contratações decorrentes desta Ata mesmo após a revogação da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/2002? 75. Entendemos que sim, desde que respeitada a regra do artigo 191, que exige a "opção por licitar" de acordo com o regime anterior, ainda no período de convivência normativa. Nesta hipótese, a ARP continuará válida, mesmo com a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e de grande parte da Lei nº 12.462/2011. 76. A doutrina de Fernanda Marinela e Rogério Sanches também aponta para uma resposta positiva, defendendo a possibilidade de uso das atas de registro de preços nas licitações que adotem a legislação antiga, cumprindo a regra de "optar por licitar" ainda durante o período de convivência normativa: (...) 78. Realmente, o artigo 191 permite a ultratividade das regras dispostas na Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/2002 para os processos licitatórios e atos subsequentes, desde que a "opção por licitar ou contratar" se dê dentro do prazo de convivência normativa. 79. Como já tratado anteriormente, esta ultratividade permite que mesmo não concluída a licitação, o regime da legislação antiga persista para a conclusão do certame e a contratação decorrente, desde que a opção por licitar ou contratar ocorra dentro do prazo de convivência normativa. 80. Não faria sentido admitir que uma licitação para registro de preços, cuja "opção por licitar" com base no regime antigo foi adotada durante o período de convivência normativa pudesse ser continuada até sua conclusão, sem a possibilidade de uso útil de seu resultado (ata de registro de preços) durante toda a sua vigência. 81. Nesta feita, desde que respeitada a regra do artigo 191, que exige a "opção por licitar" de acordo com o regime anterior, ainda no período de convivência normativa, a Ata de Registro de Preços gerada pela respectiva licitação continuará válida durante toda a sua vigência, que pode alcançar o prazo máximo de 12 meses, sendo possível firmar as contratações decorrentes desta ARP, mesmo após a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 14.262/2011.

28. O segundo caminho a ser seguido pelo intérprete, por sua vez, perfilha a aplicação da Lei nº 8.666/93 aos contratos firmados com o remanescente, ainda que quando já revogado o dispositivo, desde que o edital do procedimento licitatório que deu origem ao contrato originário tenha sido publicado na vigência da norma.

29. A ideia é evitar a instauração de um verdadeiro caos normativo. Assim, considerando que o planejamento interno da Administração se baseou na lei anterior, eventual contrato a ser firmado deve seguir a mesma diretriz.

30. Ressalta-se, ainda, conforme se observa abaixo, que o art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993, associa a contratação do remanescente àquele que necessariamente participou da licitação, não podendo a Administração se desvincular da ordem de classificação. A sua realização depende, portanto, de prévio certame:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

31. À vista disso, o Tribunal de Contas da União já firmou entendimento de que na ausência de classificados na licitação anterior, não pode o gestor contratar, com fulcro no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93, empresa que dela não participou, considerando que o procedimento prévio é condição *sine qua non* da contratação direta:

No caso de remanescente de obra, não havendo classificados na licitação anterior que aceitem as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, o administrador não pode optar pela contratação direta, com fundamento no art. 24, inc. XI, da Lei 8.666/1993, de empresa que não participou da licitação, devendo promover novo certame. (Acórdão 2132/2016-Plenário; Relator MARCOS BEMQUERER)

32. Nesse sentido, percebe-se uma intrínseca relação entre o instituto da contratação de remanescente e o da licitação, de modo que se utilizar da Lei nº 14.133/21 na hipótese implicaria em combinação dessas leis, o que é expressamente vedado pela parte final do art. 191 da Lei nº 14.133.

33. Assim, tendo em mente que os dois institutos estão umbilicalmente interligados, o Tribunal de Contas da União firmou, ainda na vigência da Lei nº 8.666/93, a tese de que a contratação direta, com base no art. 24, XI, não poderia ocorrer quando a licitação que deu origem ao contrato original estivesse eivada de vícios.

A contratação direta de remanescente de obra, com suporte no comando contido no art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, não pode ser adotada quando a avença resultante da licitação estiver eivada de vícios. ([Acórdão 3075/2012-Plenário](#); Relator RAIMUNDO CARREIRO)

34. Desse modo, para fins de interpretação do art. 191, a “opção de licitar ou contratar”, na hipótese, é realizada com a publicação do edital da licitação, ainda que a rescisão e a contratação do ocorram na vigência da nova norma. Deve-se conceder, portanto, o mesmo tratamento jurídico à licitação e à contratação do remanescente.

35. No mesmo sentido, o entendimento exarado pela Advocacia Geral da União no Parecer nº 00017/2023/CNLCA/CGU/AGU^[2].

ANÁLISE JURÍDICA DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE REMANESCENTE DE OBRA, SERVIÇO OU FORNECIMENTO RELATIVO A CONTRATO CELEBRADO COM BASE NA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, CUJA RESCISÃO OCORRA APÓS SUA REVOGAÇÃO, OU SEJA, EM MOMENTO DE VIGÊNCIA EXCLUSIVA DA LEI 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.

I – Exame da possibilidade de realização de contratação de remanescente no período de transição legal, levando-se em consideração contratos licitados e regidos com base na Lei nº 8.666, de 1993, e rescindidos já na vigência exclusiva da Lei nº 14.133, de 2021. Resposta às seguintes perguntas: É possível a contratação de remanescente nesses casos? Caso positivo, poderá ser adotado o permissivo do art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993?

II – **Opinativo no sentido de que licitações já realizadas com base na Lei nº 8.666, de 1993, se equiparam à opção de licitar e contratar com base no regime anterior de que trata o caput do art. 191 da NLLCA.**

III - Demonstração da viabilidade de promover a contratação com base na Lei nº 8.666, de 1993, em razão da relação gravitacional existente entre a contratação de remanescente e a licitação que lhe deu origem.

IV - Sugestão de redação de Orientação Normativa a ser editada sobre o tema. (grifamos)

36. Tal parecer resultou na edição da Orientação Normativa nº 79, de 29 de dezembro de 2023:

Enunciado: **Mesmo após a revogação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, havendo rescisão de contrato administrativo que tenha sido nela fundamentado, será **admitida a celebração de contrato de remanescente de obra, serviço ou fornecimento com base em seu art. 24, inciso XI**, desde que sejam atendidos todos demais requisitos legais aplicáveis a essa espécie de contratação.

37. Destaca-se que a vedação da combinação dos regimes jurídicos trata-se da impossibilidade de mesclar leis que se sucedem no tempo, visando um terceiro modelo jurídico-positivo. Essa previsão do art. 191, ao restringir o uso/aplicabilidade dos instrumentos legislativos, propicia uma maior segurança jurídica para o os órgãos públicos e para as empresas licitantes.

38. Por fim, quanto ao marco legal para que o Estado manifestasse sua “opção de licitar ou contratar” para fins de aplicação do art. 191 da Lei nº 14.133/21, reitera-se que o Estado de Minas editou a Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742, de 17 de abril de 2023, fixando a publicação do edital ou do ato autorizativo e/ou ratificação da contratação direta, o que deverá ocorrer até 29 de dezembro de 2023.

2.1 - CONCLUSÃO PARCIAL (DISPENSA POR REMANESCENTE)

39. Diante do exposto, nos limites da análise jurídica, ressalvados os aspectos técnicos e econômicos e os juízos de conveniência e oportunidade, considerando que a Lei nº 14.133/21, em seu artigo 191, firmou a ultratividade do regime anterior, publicado o edital do certame até 29 de dezembro de 2023 (art. 2 da Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742, de 17 de abril de 2023), em que a Administração expressamente optou por licitar de acordo com a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, eventual rescisão contratual e subsequente contratação de remanescente de obra, serviço e fornecimento (art. 24, IX, Lei 8.666, de 1993) deverão ser regidos pela lei antiga, estendendo o mesmo tratamento jurídico da licitação à contratação do remanescente.

3 -LICITAÇÕES DESERTA E FRACASSADA

3.1 -DELIMITAÇÃO DA COSULTA JURÍDICA

40. A Superintendência Central de Políticas de Compras, por meio do Memorando,SEPLAG/SUBCOMP/SCPOL. nº 3/2024 apresentou para análise hipótese em que tenha sido publicado edital de licitação até a data limite prevista na Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742/2023 (29.12.2023, nos termos do art. 2º, I da citada resolução), mas que venha resultar em certame deserto ou fracassado, indagando se poderá haver republicação do edital nos mesmos termos ou se o novo edital de licitação deverá ser editado já com fundamento na NLLC.

41. Especificamente quanto à licitação deserta, questiona-se a possibilidade de uma dispensa de licitação realizada com fundamento no antigo regime observar as regras da Lei Federal nº 8.666, em especial o inciso V do artigo 24, ou se incide o artigo 75, III, ‘a’ e ‘b’ da NLLC, sendo necessário indicar as cautelas na instrução do procedimento de contratação direta.

42. Cumpre explicitar que a consulta se dá em face de certames licitatórios cujos editais foram publicados antes de 29.12.2023 observando as regras da Lei Federal nº 8.666/93, com solicitação de esclarecimentos para licitações desertas e fracassadas quanto ao regime jurídico a ser observado.

3.1 – PREMISSAS PARA ANÁLISE JURÍDICA

43. Se licitar é dever jurídico decorrente de obrigatoriedade constitucional (artigo 37, XXI da CR) e o modo de, em regra, a Administração obter a melhor contratação possível, reitera-se que são excepcionais as situações em que se autoriza a contratação direta, como as hipóteses de dispensa de licitação, que requerem previsão legal expressa autorizativa.

44. Analisando as exceções previstas na Lei nº 8.666/93, tem-se que o legislador admitia que, nos casos enumerados no artigo 24 do antigo Estatuto, licitar não fosse sempre o meio mais eficaz à obtenção do contrato mais vantajoso (no sentido amplo da expressão “vantajosidade”), sendo lícito ao gestor indicar as evidências de melhor proteção do interesse público mediante contratação direta. Trata-se de hipóteses em que se reconhecia a possibilidade de competição a justificar a realização de licitação; contudo, por expressa permissão legal, licitar inseriu-se na competência discricionária da Administração Pública.

45. Observe-se que já na legislação anterior facultava-se a dispensa, sendo discricionária a decisão do gestor de realizar, ou não, a licitação. O juízo de mérito não dizia respeito às hipóteses de dispensa, mas à possibilidade de, numa das hipóteses legais, o gestor optar por realizar o certame, ou não. O rol previsto em normas gerais editadas pela União era taxativo (no artigo 24 da Lei nº 8.666 e em outros diplomas federais), sendo a enumeração legal *numerus clausus*: a Administração somente estava dispensada de realizar a competição se ocorresse uma das situações previstas em lei “federal de âmbito nacional”, não sendo permitida interpretação extensiva a esse propósito.

46. O inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 enumerou como hipótese de dispensa “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”. Trata-se da denominada **licitação deserta**, cujos requisitos

podem ser assim indicados: a) realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente; b) ausência de interessados como causa da frustração do certame, ou seja, ninguém responde ao ato convocatório da licitação, sendo irrelevante qual seja a razão do desinteresse; c) risco de prejuízos se a licitação viesse a repetir-se; d) é preciso que sejam mantidas todas as condições preestabelecidas e que se observe o preço médio de mercado.

47. Sublinhe-se que **deserta é a licitação em que não comparecem licitantes** e não certame em que há interessados e nenhum é habilitado ou todas as propostas são desclassificadas. E para que não se possa fazer uso da dispensa por “licitação deserta” autorizada no inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666/93, “Basta que um licitante atenda à convocação, apresentando-se à disputa qualquer que seja a modalidade de licitação, ou que a repetição do certame não acarrete prejuízo para o serviço público, ou que a Administração verifique que as condições do ato convocatório estão realmente divorciadas da realidade do mercado”, conforme o lúcido magistério de Jessé Torres Pereira Júnior^[3].

48. A doutrina majoritária já diferenciava a licitação deserta, a que não acorrem interessados ao procedimento licitatório, da chamada **licitação fracassada** em que os interessados comparecem ao certame, mas nenhum é selecionado, em virtude de inabilitação ou desclassificação^[4].

49. Não se ignora divergência terminológica na doutrina a propósito das figuras em análise. Rafael Oliveira explica que “em razão da ausência de interessados, a licitação é denominada de ‘deserta’”. Ressalte-se que a licitação deserta não se confunde com a ‘licitação frustrada ou fracassada’, pois, nesse último caso, existem licitantes presentes no certame, mas todos são inabilitados ou desclassificados.”^[5] Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “o desinteresse configura-se quando nenhum particular assumia a postura de desejar a contratação, sequer atendendo à convocação. Ou então, quando os que se tenham apresentado forem provavelmente inidôneos. Tais ocorrências é que têm constituído o que a doutrina denomina, respectivamente, de licitação deserta e licitação frustrada, nomenclaturas que, como se pode observar, indicam que não se consumou o objetivo do procedimento: a seleção da melhor proposta.”^[6] Já Paulo Afonso Brum Vaz escreveu, com o intuito de definir licitação deserta, licitação fracassada e licitação frustrada que:

Deserta é a licitação quando não acorrem licitantes; fracassada é a licitação quando, na fase de habilitação, verifica-se que nenhum dos licitantes atende aos requisitos exigidos, após oportunizada a reapresentação da documentação, escoimada dos anteriores vícios, e frustrada é aquela em que, embora existentes licitantes, as propostas apresentadas são inadmissíveis.^[7]

50. Apesar de se reconhecer posições diversas de doutrinadores sobre os conceitos de licitação deserta e fracassada, havendo quem ainda mencione uma categoria distinta (licitação frustrada), observa-se na presente manifestação o seguinte entendimento majoritário: **deserto** é o procedimento a cujo chamado editalício não acorrem interessados e **fracassada** a licitação em que comparecem interessados, sendo eles inabilitados ou suas propostas desclassificadas.

51. Atentando para o tratamento dado ao fracasso licitatório na Lei nº 8.666/93, identifica-se no inciso VII do artigo 24 hipótese de dispensa somente “quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços”.

52. Trata-se de **dispensa de licitação** para um dos casos de **licitação fracassada**, qual seja, quando no certame anterior houvesse desclassificação das propostas por preços superiores aos de mercado ou incompatíveis com os órgãos incompetentes, tendo os licitantes recusado renovar as propostas (art. 48 da Lei nº 8.666/93). Segundo Ronny Charles, “Trata-se de um dispositivo que visa a proteger a Administração de eventuais situações em que os concorrentes possivelmente mancomunados, ofertem propostas com valores acima dos praticados”, donde infere a necessidade de pesquisa de mercado apta a guarnecer o gestor com os valores praticados, ao que acresce a atitude diligente desse gestor ao verificar preços registrados por outros órgãos competentes^[8].

53. Diferentemente do que ocorreu com a licitação deserta, que a Lei nº 8.666/93 previu genericamente como hipótese de dispensa (art. 24, V), no caso de licitação fracassada o Estatuto licitatório anterior não enumerou ambas as hipóteses de fracasso – inabilitação dos licitantes e desclassificação das propostas apresentadas – como hipóteses autorizadas de contratação direta. O inciso VII do artigo 24 somente estabeleceu o caso de proposta por preços excessivos em face do mercado ou incompatíveis em face dos registrados em órgãos oficiais como hipótese apta a justificar procedimento de dispensa. Buscando explicitar a diferença entre ambos os regramentos, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo escreveram:

Na deserta, ocorre a existência de desinteresse pela licitação. Nessa hipótese, não poderá a Administração ficar ao sabor das conveniências dos contratantes e ser obrigada a refazer o procedimento.

De revés, na hipótese de licitação fracassada – aquela à qual acudiram interessados, porém em que não logrou a Administração proposta conveniente – não é possível à Administração a contratação direta, ressalvado o caso do inciso VII do artigo 24 da Lei 8.666 (ou seja, quando, comprovadamente, os competidores estejam a manipular preços)^[9].

54. No caso específico do inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666, exige-se, ainda, a adoção do procedimento do artigo 48, ou seja, é imprescindível ensejar aos licitantes renovarem suas propostas para adequação dos preços. Caso não seja dada tal oportunidade aos licitantes, a Administração Pública deverá obrigatoriamente realizar nova licitação, por força do princípio da isonomia “para, aí sim, em face de novo fracasso, adotar a dispensa prevista neste item VII, mas somente se o motivo da desclassificação de todos os licitantes tiver sido o preço excessivo”. Essa a lição de Márcio dos Santos Barros que também elucida:

Nas demais situações (propostas desconformes com o edital ou inexequíveis, ou falta de inabilitação) não cabe a aplicação deste inciso. Nessas, não sendo realizado o saneamento dos procedimentos, dois caminhos se abrem: ou não houve comparecimento dos licitantes nesse segundo momento, quando pode ser aplicada a hipótese de dispensa de licitação do inciso V (licitação deserta), ou houve o comparecimento de um ou alguns, sem que, entretanto, tenha sido possível escoimar os defeitos anteriores, situação em que não é possível recorrer nem ao item V nem ao item VII. A única solução possível nesses casos será a repetição da licitação, a menos que seja possível caracterizar situação emergencial (inciso IV).

A licitação fracassada não se confunde com a situação prevista no art. 64, § 2º. Lá a licitação se completa, inclusive com a adjudicação do objeto ao licitante vencedor, que, entretanto, se recusa a realizar a contratação.^[10]

55. Da análise do regramento da Lei Federal nº 8.666/93, conclui-se que o antigo Estatuto Licitatório enumerou como hipóteses de dispensa de licitação: a) licitação deserta no inciso V do artigo 24; e b) uma das hipóteses de licitação fracassada (preços excessivos ou incompatíveis com os registrados) no inciso VII do artigo 24. Em ambas as situações, tem-se vinculação da contratação direta superveniente com o certame anterior frustrado, sendo as condições do certame deserto ou fracassado consideradas como pressupostos da dispensa posterior.

56. Já no caso de fracasso na licitação decorrente de inabilitação dos licitantes ou outros fundamentos para desclassificação da proposta que não preços superiores aos de mercado ou desconformes com os registrados em órgãos oficiais competentes, não há licitação dispensável permitida no Estatuto de 1993. Daí ser necessário iniciar um novo procedimento, independente do anterior, eis que ausente previsão legislativa de vínculo entre o fracasso anterior e os pressupostos do novo certame.

57. Com a devida vênia, não se aquiesce com a posição defendida por Ricardo Marcondes Martins no sentido de que é irrelevante a omissão legislativa em prever as demais hipóteses de fracasso como dispensa de licitação, pois “trata-se de inexigibilidade e não de dispensa. Se não há interessados que sejam habilitados e apresentem propostas válidas, a competição é inviável”^[11]. O fato de licitantes serem inabilitados ou de propostas não atenderem requisitos editalícios, por si só, não autorizam conclusão prévia e abstrata de que a competição é inviável naquela situação específica. A inabilitação pode resultar do esquecimento de apresentar um documento no prazo fixado no edital, assim como a desclassificação da proposta por desconformidade com o instrumento convocatório fundar-se em um erro de um funcionário da empresa, pelo que não há que se falar genericamente em “competição inviável” como autorizadora de inexigibilidade.

58. Ademais, o próprio assessoramento jurídico preventivo, que busca evitar riscos indevidos à gestão, indica a pertinência de não se considerar como “ausência de interessados” a situação em que todos os licitantes são inabilitados ou suas propostas desclassificadas. Primeiro, porque estaríamos a subsumir os casos de licitação fracassada no conceito de licitação deserta, o que não se coaduna com a observância mínima dos conceitos técnico jurídicos. Além disso, haveria manifesta incongruência desse raciocínio com o fato de o Estatuto licitatório anterior prever um dos casos de licitação fracassada como hipótese de dispensa de licitação. Ora, fossem todos os casos de fracasso do certame passíveis de enquadramento na definição de licitação deserta, não teria a Lei Federal 8666 previsto, além da hipótese do inciso V, também a hipótese do inciso VII do artigo 24.

59. Não se ignora entendimento do TCU^[12] afirmando equivalência entre três situações: a) não terem comparecido licitantes interessados, hipótese que denomina “licitação deserta”; b) ter comparecido licitante sem a habilitação necessária; c) ter comparecido licitante habilitável, mas que não apresentou proposta válida, denominando-se as duas últimas hipóteses de “licitação fracassada”. Dentre os fundamentos apresentados pela Corte de Contas federal, destaca-se o de que “não se pode acolher como ‘interessado’ aquele que comparece sem ter condições jurídicas para contratar, ou fórmula proposta que não atende aos requisitos do ato convocatório ou vem a ter desclassificada sua proposta, na forma do art. 48 da Lei n. 8.666/93”. Em primeiro plano, tem-se que tal posição não se aplica indiscriminadamente no âmbito estadual, porquanto o Estado somente se sujeita ao controle do TCU na hipótese de aplicar recursos transferidos pela União.

60. Ademais, do ponto de vista da hermenêutica, pode sim alguém se interessar numa contratação, comparecer na licitação e cometer erros, lapsos ou equívocos na juntada dos documentos que impeçam a Administração Pública admitir sua participação na disputa. Trata-se de um “interessado” que não foi habilitado e/ou sua proposta

classificada, o que, s.m.j., em muito diverge da situação de deserção, em que ninguém atende ao chamado do Poder Público veiculado no edital.

61. Outrossim, o próprio TCU já decidiu que eventual dificuldade em realizar procedimentos licitatórios, bem como a existência de certames fracassados ou desertos, não autorizam a realização de despesas mediante suprimento de fundos^[13], o que indica a cautela necessária quando da interpretação pertinente às situações de licitação fracassada, fora da literalidade do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, mormente em se considerando tratar-se de exceção ao dever de licitar.

62. Frisa-se que as hipóteses do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 são taxativas e a sua natureza é a de excepcionar a obrigatoriedade constitucional de licitar, o que aponta para a exclusão da interpretação extensiva e a observância da hermenêutica literal que extraia do Estatuto Licitatório a norma permissiva de contratação direta. Isso porque, quando o ordenamento fixa exceções a um dever constitucional, não se indica que a exegese outorgue mais do que o texto da lei determinou. Em outras palavras: a interpretação extensiva não se adequa ao contexto em que o texto legal fixa exceções a um dever constitucional; logo, tem-se a interpretação literal como a indicada para as hipóteses de contratação direta por dispensa consagradas nos incisos V e VII do artigo 24 do Estatuto Licitatório anterior.

63. A atual Lei Federal nº 14.133/21 manteve a figura jurídica de dispensa de licitação no artigo 75 cujo inciso III permite a contratação direta “para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação”:

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

64. Denota-se que o Estatuto Licitatório atual manteve como hipóteses autorizativas de licitação dispensável a ausência de interessados (licitação deserta), bem como a situação em que “as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes” (uma das hipóteses de licitação fracassada), incorporando nas alíneas “a” e “b” do inciso III do artigo 75 da Lei Federal nº 14.133/21 as hipóteses dos incisos V e VII do artigo 24 da antiga Lei Federal nº 8.666/93.

65. Identifica-se, na alínea “a” do inciso III do artigo 75 da NLLC, uma ampliação autorizativa de contratação direta, qual seja, não terem sido apresentadas propostas válidas. Assim sendo, não só a hipótese de licitação fracassada por preço superior ao de mercado ou incompatíveis com os registrados permite a contratação direta, mas também se ocorrer desclassificação de propostas, por não serem válidas em face do previsto no edital, tem-se como legítima a dispensa de licitação sob a égide da Lei Federal nº 14.133/21.

66. Traz-se a crítica feita por Felipe Boselli sobre a ampliação da dispensa de licitação para os casos em que “a licitação foi aberta, empresas participaram do certame licitatório, mas as propostas apresentadas foram desclassificadas e não puderam ser admitidas”, hipótese em que se admite a dispensa de licitação na Lei nº 14.133/2021. Para o autor “com a inclusão da dispensa para licitações fracassadas a alínea b (cópia do inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993) perdeu completamente o sentido”, uma vez que as propostas seriam desclassificadas no caso de preço excessivo ou desconforme com o registrado e “o gestor estará, automaticamente, no caso da alínea anterior, em que todas as propostas foram desclassificadas”. Daí concluir ser “evidente a contradição do texto e pecou o legislador ao trazer o texto anterior sem o necessário critério.”^[14]

67. Cabe ponderar, nesse contexto, se a hipótese de licitação fracassada, por inabilitação dos licitantes, enseja contratação direta ou não na NLLC, tendo em vista que a primeira parte da alínea “a” e a alínea “b” do inciso III do artigo 75 da Lei Federal nº 14.133 refere-se às situações dos incisos V e VII do artigo 24 do Estatuto anterior, acrescendo somente a situação em que não tenham sido apresentadas propostas válidas, mas sem mencionar a inabilitação dos licitantes.

68. Parte da doutrina, ao comentar o novo Estatuto, não admite que se exclua da contratação direta quando os licitantes forem inabilitados. Afastando-se da hermenêutica literal, Felipe Boselli adverte que “Não nos parece ser esta a melhor interpretação. Nos casos de empresas inabilitadas, também poderíamos considerar que a proposta apresentada não é válida, posto que não é aproveitável para a Administração”. Segundo ele, tendo o legislador optado pela expressão “propostas válidas” e não “propostas classificadas”, termina por abranger “tanto aquelas que foram desclassificadas quanto as apresentadas por empresas que foram inabilitadas”^[15].

69. Também estendendo o conceito de “licitação fracassada” às situações de inabilitação de licitantes, aduz Marcelo Palavéri ao comentar o inciso III do artigo 75 da NLLC:

Com arrimo nessa norma, a administração poderá dispensar o certame quando estiver diante de licitação *deserta*, ou seja, quando tiver realizado regularmente uma determinada licitação, e a ela não tenha ocorrido qualquer interessado, bem como quando estiver diante de licitação *fracassada*, em que houve licitante, mas não se ultimou a disputa com o atingimento de seu propósito, selecionando proposta para o contrato.

(...)

Reitere-se que *licitação fracassada* é aquela que não atingiu o seu propósito, qual seja o de selecionar proposta para futuro ajuste. Ocorre, por exemplo, quando todos os licitantes são inabilitados ou desclassificados de forma definitiva. Nesses casos, existiram licitantes, não ocorrendo a deserção, mas não se atingiu o seu objetivo, posto que nenhum deles conseguiu habilitar-se ou classificar-se para tanto. Diz-se, então, que a licitação fracassou por não terem sido apresentadas propostas válidas. (...)

Pela hipótese legal em estudo, dispensa-se a licitação se for deserta (*não surgiram licitantes interessados* – primeira parte da alínea ‘a’); ou fracassada (*não foram apresentadas propostas válidas* – segunda parte da alínea ‘a’) ou as *propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes* – alínea ‘b’).^[16]

70. Como o advogado paulista enquadrava a inabilitação de licitantes dentro do conceito de “propostas inválidas” entendeu estar autorizada pela NLLC a dispensa de licitação também neste caso. Não é outro o entendimento de Juliano Heinen ao considerar fracassado o certame quando todos os interessados não preenchem os requisitos da fase de habilitação, ou todas as propostas são rejeitadas^[17].

71. Com renovada vênua, entendemos que ao admitir a contratação direta quando “não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas” a Lei Federal nº 14.133/2021 não se referiu aos licitantes inabilitados. Primeiro porque o licitante que é inabilitado não é “desinteressado” do certame; ao contrário, ele se interessou, compareceu e apenas não apresentou condições habilitatórias positivas. Outrossim, a inabilitação do licitante não se confunde com a invalidade da proposta, porquanto analisar se a pessoa/empresa interessada tem condições habilitatórias jurídicas, fiscais e técnicas distingue-se tecnicamente de analisar se a proposta (a oferta de bem, serviço ou obra) é válida ou não em face das exigências editalícias. À obviedade, quando a lei prevê licitação dispensável para o caso de **propostas inválidas** não está tratando de **licitante inabilitado** por ser óbvia a diferença entre ambas as figuras, inclusive aferidas em momentos distintos do certame licitatório.

72. Deixando claro: uma coisa é saber se o que o licitante oferece (bem, serviço ou obra) está de acordo com o edital e, se não estiver, desclassificar a proposta. Quando desclassificadas todas as propostas, ter-se-á uma licitação fracassada que ensejará a hipótese de contratação direta na NLLC, em cumprimento ao artigo 75, III, “a”, parte final da Lei Federal nº 14.133/2021. Outra coisa é, já superada a análise de admissibilidade da proposta, verificar se o licitante possui, ou não, condições habilitatórias para firmar vínculo com a Administração Pública. No caso de todos os licitantes serem inabilitados, o certame também fracassará, mas a NLLC não prevê essa situação como hipótese de contratação direta em seu artigo 75.

73. Compreende-se o esforço interpretativo para ampliar o alcance das alíneas “a” e “b” do inciso III do artigo 75 da Lei nº 14.133 de modo a permitir dispensa de licitação também na hipótese de inabilitação de licitantes, facilitando a atuação operacional da Administração Pública. De fato, depois de realizado o julgamento das propostas, ver todos os licitantes inabilitados e ainda enfrentar a necessidade de reiniciar um novo procedimento licitatório, é desafio desgastante para qualquer gestor, sendo clara a maior facilidade administrativa de ultimar uma contratação direta.

74. No entanto, quem tem legitimidade para enumerar uma “situação desgastante” para a Administração Pública como hipótese suficientemente comprometedor do interesse público, de modo a justificar uma contratação direta, é o legislador e não o aplicador/intérprete do Estatuto licitatório. Isso até mesmo em se considerando que incide quanto aos casos de licitação dispensável a reserva legal absoluta, numa das raras searas de tipicidade ainda preservada no âmbito do Direito Administrativo.

75. Malgrado o respeito à finalidade perseguida com a interpretação extensiva levada a efeito por parte da doutrina, não se encontra no texto legal, nem mesmo na teoria geral da hermenêutica jurídica, espaço para ampliar a regra do art. 75, III, “a” e “b” da NLLC. Repita-se: estender e liberar contratação direta, exceção ao dever constitucional de licitar, em caso que não se enquadra conceitualmente no texto da lei, consubstancia risco de ensejar ilicitude capaz de comprometer a própria legalidade do procedimento, o que não se coaduna com a prevenção e precaução exigidas quando do assessoramento jurídico.

76. Daí se aquiescer com os conceitos que já eram majoritários à luz do Estatuto Licitatório anterior, bem como nos comentários da melhor doutrina à Lei Federal nº 14.133/21, com destaque para Ronny Charles segundo quem a dispensa se justifica nas seguintes situações: licitação deserta (aquela na qual não surjam interessados ao certame); licitação fracassada (aquele certame no qual apareceram interessados, mas não foram apresentadas propostas válidas ou, mesmo tendo validade, elas consignaram preços manifestamente superior aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.^[18] Esse o entendimento já exarado pelo jurista ao comentar o inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93: “esclarecemos que essa hipótese de dispensa somente estará relacionada à situação em que houver desclassificação das propostas. Havendo desclassificação por inabilitação, não restará autorizada a hipótese de dispensa estipulada por este inciso”^[19].

77. A título de conclusão e com base nos fundamentos devidamente explicitados, apontam-se as seguintes premissas:

- a) **licitação deserta** é aquela a que não comparecem interessados e autoriza contratação direta, por se tratar de hipótese de dispensa de licitação nos termos do artigo 24, V da

Lei nº 8.666/93 e do artigo 75, III, “a”, parte inicial da Lei Federal nº 14.133/21;

b) **licitação fracassada** é:

b.1) aquela a que compareceram interessados, mas todas as **propostas não foram admitidas**: b.1.1) seja pelo fato de os preços veiculados serem excessivos em face dos valores do mercado ou desconformes com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes, b.1.2) seja pelo fato de as propostas não serem válidas em face das exigências editalícias;

b.2) aquela em que compareceram licitantes interessados, houve proposta(s) classificada(s), mas todos os **licitantes foram inabilitados**.

78. As licitações que terminem fracassadas em razão de preços excessivos ou desconformes com os registrados em órgãos oficiais competentes admitem contratação direta por dispensa de licitação, com base no artigo 24, VII da Lei nº 8.666/93 e do artigo 75, III, “b” da Lei Federal nº 14.133/21

79. As licitações fracassadas em razão de propostas inválidas que não se enquadrem no conceito de “preços superiores aos de mercado ou desconformes com os registrados em órgãos oficiais competentes” não admitem contratação direta à luz da Lei nº 8.666/93, mas ensejam dispensa de licitação na NLCC, tendo em vista a literalidade da parte final da alínea “a” do inciso III do artigo 75 da Lei nº 14.133/21.

80. Por fim, as licitações fracassadas em virtude de os licitantes terem sido inabilitados não encontram na Lei nº 8.666/93 (artigo 24), nem na Lei nº 14.133/21 (artigo 75), hipótese legal permissiva de dispensa de licitação, razão pela qual não se permite contratação direta neste caso, com renovadas vênias aos entendimentos contrários.

3.2 – ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO JURÍDICA

81. Em face dos conceitos já desenvolvidos no item anterior, é possível destacar, preliminarmente, uma situação em que será necessário iniciar um novo procedimento licitatório, com observância das regras da NLCC, qual seja, as **licitações fracassadas em razão da inabilitação dos licitantes**. Afinal, não há hipótese legal que autorize contratação direta nesse caso na Lei nº 8.666/93 (artigo 24), nem na Lei nº 14.133/21 (artigo 75). **Sendo assim, um novo certame licitatório será necessário, já sob as regras da NLCC**, ausente qualquer vínculo entre a licitação anterior (que seguia a Lei Federal nº 8.666) e o novo procedimento (agora já sob a incidência exclusiva da Lei nº 14.133). Em poucas palavras: como não há vínculo fixado legalmente entre o certame anterior no qual os licitantes foram inabilitados e a licitação subsequente que deverá ser iniciada sem que se possa realizar contratação direta, não se vislumbra permissão para afastar as regras da NLCC, devendo-se observar o disposto na Lei nº 14.133/21 para o novo certame.

82. Quanto à **licitação fracassada** em razão de os **preços veiculados nas propostas serem superiores aos valores do mercado ou desconformes com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes**, é certo que o edital publicado até 29.12.2023 sob a égide da Lei Federal nº 8.666 estava sujeito aos seus ditames, não havendo expressa ultratividade prevista no artigo 191 do atual Estatuto Licitatório para o caso em análise.

83. Diante desse vácuo normativo, vislumbram-se duas posições cabíveis quando, à luz da Lei Federal nº 8.666, houver fracasso por preço excessivo ou diferente do registrado nos órgãos oficiais competentes:

a) um primeiro entendimento reconhecendo que, neste caso, ter-se-á uma contratação direta independente do procedimento licitatório anterior, pelo que a nova dispensa de licitação sujeita-se à Lei Federal nº 14.133/21, com base no artigo 75, III, “b”, ignorando-se os requisitos do Estatuto anterior e observando os pressupostos e exigências procedimentais consagrados na NLCC;

b) um segundo posicionamento afirmando que a contratação direta por dispensa é permitida no inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666 desde que adotada a providência do artigo 48 “e, persistindo a situação será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços”; neste caso, entende-se que o Estatuto anterior expressamente autoriza uma continuidade entre o certame fracassado e a contratação direta subsequente de serviços ou fornecimento de bens, porquanto enseja que seja oportunizada aos licitantes a apresentação de novas propostas em 08 (oito) dias (três dias no caso de convite)^[20] e, não sendo apresentados preços compatíveis, aí sim a Administração é autorizada a promover adjudicação direta, por valor não superior ao constante de Registro de Preços ou dos serviços. É preciso destacar que a abertura de prazo para a apresentação de novas propostas é uma faculdade da Administração permitida pelo art. 48, § 3º da Lei 8.666/1993, e não uma obrigação que necessariamente vincula o gestor. O próprio Tribunal de Contas da União reconhece a discricionariedade no exercício dessa competência administrativa.^[21]

84. Para a segunda corrente, o fato de o inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 falar em “adjudicação direta” quando os licitantes não reduzem os valores propostos para os bens e serviços licitados nem os tornam adequados aos preços registrados, malgrado se trate de uma “contratação direta” diversa do certame frustrado prévio, significa que se trata de um procedimento contínuo. Nesse sentido, estaria permitida até mesmo a adjudicação direta nos próprios autos da licitação anterior, com observância do regime jurídico imposto pela Lei Federal nº 8.666. Um dos argumentos seria a inadmissibilidade de mesclar as regras dos dois diplomas: o Estatuto anterior e a atual Lei Federal nº 14.133/21.

85. Considerando os argumentos de ambas as correntes, sublinha-se que, embora a contratação direta seja realmente um novo procedimento, na Lei Federal nº 8666 - diversamente do que ocorre com a Lei nº 14.133/21 - era requerido que fosse dada oportunidade de apresentação de novas propostas pelos licitantes, donde se percebe uma intrínseca relação entre o instituto da dispensa superveniente e o da licitação prévia fracassada. Nesse contexto, afigura-se claro que o Estatuto Licitatório anterior ligu umbilicalmente ambos os expedientes e utilizar da Lei nº 14.133/21 para a contratação direta subsequente implicaria combinação dos dois microuniversos jurídicos (o da Lei nº 8.666 e o da Lei nº 14.133), o que é vedado pelo artigo 191 da NLCC.

86. Por conseguinte, tendo um edital sido publicado até 29.12.2023 no âmbito do Estado de Minas Gerais para contratação de serviços ou fornecimento de bens, diante do fracasso do certame pela superioridade dos preços das propostas em face dos valores do mercado ou pela desconformidade com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes, não apenas se admite a **contratação direta por dispensa de licitação** se atendidos os requisitos do inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, como se **permite a adjudicação direta nos estritos termos em que admitido neste Estatuto anterior, não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21**.

87. Quanto à **licitação fracassada** por serem as **propostas julgadas inválidas**, não em razão de preços excessivos ou desconformes com os registrados, mas por outras razões como, p.ex. e de modo genérico, por inobservância de exigências editalícias, já se explicitou a **ausência de previsão autorizativa de contratação direta no artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93**. No presente caso, a Superintendência Central de Políticas de Compras está a discutir a situação jurídica dos editais publicados até 29.12.2023 e, portanto, sujeitos ao Estatuto Licitatório anterior, donde se infere a necessidade de, inclusive na situação de fracasso por propostas inválidas, serem observadas as regras da Lei nº 8.666/93, diploma pelo qual expressamente se optou nos referidos instrumentos convocatórios.

88. Registra-se que não há qualquer dispositivo na Lei Federal nº 14.133/21 que pudesse atingir retroativamente certames iniciados com expressa opção pelo microuniverso jurídico da Lei Federal nº 8.666, no caso de licitação fracassada em virtude de propostas inválidas (já excluída a hipótese do artigo 24, V da Lei Federal nº 8.666, devidamente analisada acima), para permitir contratação direta por dispensa de licitação. Destarte, tendo sido o edital publicado até 29.12.2023 e todas as propostas dos licitantes julgadas inválidas, sem enquadramento como preços superiores aos de mercado, nem com valores inadequados em face dos registrados em órgãos oficiais competentes, não há que se falar em licitação dispensável. **Caberá à Administração Pública iniciar novo procedimento licitatório, sob as regras da Lei nº 14.133/21**, também em razão da independência entre o certame fracassado anterior e a nova licitação.

89. Afinal, incide a máxima tempus regit actum sempre que se iniciar uma nova licitação que não tem vinculação legal com certame prévio, o que ocorre quando o ordenamento não estabelece liame entre procedimento anterior e o atual; cumpre reconhecer a independência entre ambos os certames e a ausência de continuidade passível mediante identificação hermenêutica em face do sistema. Com a devida vênia, a economicidade, a celeridade e a eficiência, por si sós, não consubstanciam princípios aptos a excluir a incidência da opção legislativa segundo a qual não há dispensa de licitação prevista na Lei Federal nº 8.666 para a hipótese genérica de “licitação fracassada por invalidade das propostas”.

90. Não há de se cogitar de retroatividade da parte final da alínea “a” do inciso III do artigo 75 da NLCC no caso de um edital que não optou pelo novo Estatuto, uma vez que a regra geral da incidência da lei no tempo é o início da vigência e eficácia a partir da publicação do diploma legal, admitida a opção na hipótese de incidência dúplice de microuniversos jurídicos, com respeito à alternativa indicada em cada caso concreto. Se não há determinação de que um dispositivo de lei (como o art. 75, III, “a”, parte final da NLCC) atinja situações já ocorridas com sujeição a um outro diploma legal (como as pertinentes aos editais publicados até 29.12.2023 com opção pela Lei nº 8666), não há de se falar em retroatividade da nova legislação, nem mesmo em multiplicidade de incidência de Estatutos.

91. Daí ser necessário observar a legislação pela qual se optou no edital publicado até 29.12.2023 (nas hipóteses submetidas à análise, a Lei nº 8666) e, se essa legislação anterior não autoriza a contratação direta por dispensa de licitação em dada hipótese de licitação fracassada, é mister realizar nova licitação segundo a lei que a partir de janeiro de 2024 incide com exclusividade sobre os novos procedimentos (ou seja, a Lei nº 14.133), inclusive quanto ao trâmite procedimental.

92. Por fim, incumbe analisar a denominada **“licitação deserta”**, ou seja, a situação do certame a que não acudiram interessados, tendo sido o respectivo edital publicado até

29.12.2023 com opção pela Lei Federal nº 8.666/93. Esta hipótese é prevista tanto no Estatuto anterior (artigo 24, V da Lei Federal nº 8.666) e na NLLC (artigo 75, III, “a”, parte inicial da Lei Federal nº 14.133) como um dos requisitos permissivos da **contratação direta por dispensa de licitação**. Especificamente o **inciso V do art. 24** do antigo Estatuto Licitatório também exigiu que a licitação não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração e que sejam mantidas todas as preestabelecidas.

93. Em cumprimento ao mencionado dispositivo, tem-se que 1) se um edital foi publicado até 29 de dezembro de 2023 com opção pela Lei Federal nº 8.666, 2) não compareceram interessados no certame, 3) há evidência de que a repetição do procedimento causará prejuízo ao interesse público e 4) que estão sendo mantidas as condições ofertadas na licitação anterior: cabe realizar um procedimento de dispensa de licitação.

94. Sobre a inconveniência de repetir a licitação, com apontamento concreto do prejuízo dessa medida, Jessé Torres Pereira Júnior cita, como alternativas de evidência, o retardamento na execução do objeto como consequência da convocação de outra licitação, ou o aumento do custo, em valor superior da força da verba orçamentária destacada para atender a despesa, ou outro fundamento explicitado concretamente, apto a indicar o prejuízo. Outrossim, o jurista carioca insiste que a contratação direta “terá de fazer-se segundo as condições estabelecidas no ato convocatório frustrado”, evitando-se o estabelecimento inicial de condições inaceitáveis pelo mercado (preço subestimado, especificações técnicas inatendíveis ou inexistentes na praça, dentre outros) para que empresa alguma se sentisse atraída para contratar naquelas condições^[22].

95. Não se aquiesce com posição doutrinária, invocada pelos Tribunais de Contas em seus julgados, no sentido de que não seria sequer necessário “declinar ‘prejuízo para a Administração’, pois é evidente que qualquer repetição de licitação é prejudicial, em vários sentidos, à entidade que licita: toda repetição prejudica”^[23] Em primeiro plano, não parece razoável considerar que licitar é procedimento que traz insito prejuízo ao interesse público. Ponderando as diversas necessidades públicas a serem satisfeitas, licitar é um comportamento em regra trabalhoso que, malgrado longe de alcançar sua maior eficiência, tem sido um modo adequado de contrabalançar os múltiplos interesses a que o Estado está sujeito. Com o perdão da coloquialidade da expressão: “ruim com ele, pior sem ele”. Se um dado procedimento apresentou característica(s) que o impediram de alcançar o equilíbrio entre as diversas finalidades públicas, não é legítimo considerar apriorística e abstratamente sua repetição como um desgaste fatal que conduz à ineficiência. Ao contrário, repetir o procedimento pode se mostrar exatamente o caminho adequado ao alcance do interesse público. Tal juízo deverá ser feito em cada situação, com a indispensável motivação adequada.

96. Com efeito, o próprio dever de motivar requer que se indique, em cada caso concreto, o resultado da avaliação das especificidades da realidade em questão e das suas consequências, o que deve ser observado também na hipótese de dispensa de licitação diante de um certame deserto. Por conseguinte, cabe ao gestor exercer discricionariamente a opção por contratar diretamente ou realizar novo procedimento licitatório neste caso, motivando, diante das razões fáticas específicas daquela realidade, fundamentos aptos a sustentar sua escolha administrativa, inclusive com atenção às consequências daí resultantes.

97. Caso opte pela dispensa justificadamente, manter nela as regras originárias do edital afasta uma contratação direta subsequente oriunda de verdadeiro simulacro anterior de disputa (no lugar da deserção efetiva requerida pelo ordenamento). O objetivo é evitar que se tenha uma simulação de competição inicialmente, com ausência de interessados decorrentes de regras absurdas e/ou aptas a afastar a multiplicidade de licitantes, modificadas depois, quando da contratação direta. Ora, é de se cogitar que, se a lei permitisse uma mudança de regras entre os dois momentos (edital inicial e contratação direta posterior), as novas condições, impostas somente quando da dispensa de licitação, se tivessem sido publicizadas quando do edital da licitação deserta, implicariam atenção suficiente do mercado, com participação suficiente de interessados naquele primeiro certame. Tem-se evidente que o sistema estaria permitindo verdadeira burla à isonomia e competitividade, o que se afasta com os requisitos legais de regência.

98. Além disso, como bem lecionam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo,

Reveste-se de particular relevância, sobretudo ao se declarar uma licitação deserta, tenha a Administração realmente dado possibilidades de oferta. Não o terá feito *se e na medida em que* haja publicidade insuficiente ou defeituosa, requisitos de habilitação não-compatíveis com a licitação a se realizar ou critério de julgamento impossível de ser identificado pelos interessados ou, eventualmente, até mesmo ilegal, como o da média básica. Nesses casos, não há como falar em licitação deserta. Haverá aparente desinteresse pela licitação. Mas, na verdade, não se observaram os princípios da isonomia e da concorrência. (...) Repetimos e enfatizamos: só será deserta a licitação se cumpridos *de fato*, e não *de maneira apenas aparente*, os requisitos legais do instituto; reverenciados, de conseguinte, seus vetores fundamentais.^[24]

99. A necessidade de se ter um desinteresse real em face de condições lícitas e razoáveis fixadas no instrumento convocatório, de o prejuízo ao interesse público ainda não ter ocorrido e a contratação direta potencialmente ser capaz de minorá-lo, bem como a obrigação de manter as condições preestabelecidas no primeiro edital são condições decorrentes do ordenamento, explicitadas pela doutrina e impostas por decisões já clássicas das Cortes de Contas^[25], o que deve ser observado pela gestão.

100. Presentes os requisitos necessários à caracterização da licitação deserta como um dos pressupostos para contratação direta com base nessa hipótese de licitação dispensável, incumbe aqui definir o regime jurídico que incidirá na dispensa: se as regras da Lei Federal nº 8.666/93 ou se o microuniverso jurídico da Lei Federal nº 14.133/21.

101. Destaque-se que se está analisando hipótese de **licitação deserta** em cujo edital publicado até 29.12.2023 constava a opção de sujeição à Lei Federal nº 8.666/93, donde se infere que aquele primeiro certame estava sujeito aos ditames do Estatuto Licitatório anterior. Denota-se do ordenamento a **ausência de regra de transição expressa na NLLC** quanto à eventual contratação direta subsequente, a ser realizada quando já exclusiva a incidência da Lei Federal nº 14.133/21. De fato, não há indicação para se adotar na contratação direta permitida no artigo 24, V da Lei nº 8.666 e no artigo 75, III, ‘a’ da Lei Federal nº 14.133 seja o Estatuto licitatório anterior, seja o Estatuto atual, no caso de licitação deserta quando presentes os demais requisitos legais autorizativos da dispensa de licitação.

102. Diante desse vácuo normativo, vislumbra-se duas posições cabíveis para licitação deserta decorrente de procedimento que optou por se sujeitar à Lei Federal nº 8.666, com publicação do edital até 29.12.2023, caracterizando-se a deserção quando já exclusiva a incidência da NLLC:

a) um primeiro entendimento reconhecendo que, neste caso, ter-se-á uma contratação direta independente do procedimento licitatório anterior, pelo que a nova dispensa de licitação sujeita-se à Lei Federal nº 14.133/21, com base no artigo 75, III, “a”, parte inicial, ignorando-se os requisitos do Estatuto anterior e observando os pressupostos e exigências procedimentais consagrados na NLLC;

b) um segundo posicionamento afirmando que a contratação direta por dispensa é permitida no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666 desde que a licitação “justificadamente não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”; neste caso, entrevê-se uma continuidade entre o certame deserto inicial e a contratação direta, ainda que menos evidente do que na hipótese de fracasso por preços excessivos ou desconformes com os registrados.

103. Ainda que no caso de licitação deserta seja cabível iniciar novo procedimento, em separado, de contratação direta, é certo que eventual observância da NLCC para o segundo expediente significaria mesclar as regras dos dois diplomas: o Estatuto anterior (incidente originariamente no certame deserto que permite a contratação direta por dispensa) e a atual Lei Federal nº 14.133/21 (com requisitos e instrução procedimental diversos da antiga Lei Federal nº 8.666).

104. Considerando os argumentos de ambas as correntes e uma visão sistêmica indispensável ao alcance teleológico e harmônico dos textos legislativos, sublinha-se que, embora a contratação direta seja realmente um novo procedimento, percebe-se uma intrínseca relação entre o instituto da dispensa superveniente e o da licitação prévia deserta (é ela quem autoriza a contratação direta posterior). Nesse contexto, afigura-se claro que os Estatutos Licitatórios (tanto o anterior como o atual) ligaram umbilicalmente ambos os expedientes e utilizar da Lei nº 14.133/21 para a contratação direta subsequente implicaria combinação dos dois microuniversos jurídicos (o da Lei nº 8.666 – adotado no edital originário publicado até 29.12.2023 – e o da Lei nº 14.133 – incidente com exclusividade a partir de janeiro de 2024), o que é vedado pelo artigo 191 da NLLC.

105. Por conseguinte, tendo um edital sido publicado até 29.12.2023 no âmbito do Estado de Minas Gerais, uma vez caracterizada a licitação deserta, não apenas se admite a **contratação direta por dispensa de licitação** se atendidos os requisitos do inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, como **se sujeita proceduralmente esse expediente ao Estatuto anterior, não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21**. Deverão ser observadas as exigências do artigo 26 da Lei nº 8.666, com as explicitações fixadas pelas Cortes de Contas ao interpretar sistemicamente o Estatuto de 1993.

106. Com base na doutrina, insiste-se que pleito dessa natureza “como em qualquer contratação direta, também requer o emprego de um procedimento formal, compreendendo a justificativa do preço, a ratificação do ato pela autoridade superior e a publicação do ato que autorizou a contratação direta na imprensa oficial, nos termos do art. 26 da lei 8.666/93”, ao que se acrescenta:

Ademais, o contratado deverá possuir todas as condições de habilitação exigidas para a licitação, a saber: qualificação técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, bem como idoneidade, visto que é vedado ao Poder Público celebrar contratos com empresas declaradas inidôneas ou que estão temporariamente suspensas do direito de licitar e contratar.^[26]

107. Mais uma vez, pede-se vênias às posições em sentido contrário, reconhecendo-se o significativo grau de controvérsia ainda presente sobre a matéria, tendo as presentes orientações jurídicas se fundado na necessidade de outorgar segurança jurídica e assegurar ao gestor o cumprimento do ordenamento de regência, com exclusão do risco de responsabilização ou de não se alcançar o interesse público primário.

3.3 – CONCLUSÃO PARCIAL (LICITAÇÃO DESERTA E FRACASSADA)

108. Diante do exposto, nos limites da análise jurídica, ressalvados os aspectos técnicos e econômicos e os juízos de conveniência e oportunidade, considerando que a Lei nº 14.133/21, em seu artigo 191, firmou a ultratividade do regime anterior, publicado no âmbito do Estado de Minas Gerais o edital do certame até 29 de dezembro de 2023 (art. 2 da Resolução Conjunta SEPLAG/AGE nº 10.742, de 17 de abril de 2023), em que a Administração expressamente optou por licitar de acordo com a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, identificam-se blocos diversos de situações pertinentes às licitações desertas e fracassadas, de modo a se ter os seguintes enquadramentos:

a) **licitação deserta** é aquela a que não comparecem interessados e autoriza contratação direta, por se tratar de hipótese de dispensa de licitação nos termos do artigo 24, V da Lei nº 8.666/93 e do artigo 75, III, “a”, parte inicial da Lei Federal nº 14.133/21; tendo um edital sido publicado até 29.12.2023, uma vez caracterizada a licitação deserta, não apenas se admite a **contratação direta por dispensa de licitação** se atendidos os requisitos do inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, como se **sujeita proceduralmente** esse expediente ao **Estatuto anterior, não havendo que se aplicar** as novas regras da **Lei Federal nº 14.133/21**; deverão ser observadas as exigências legais como as impostas pelo artigo 26 da Lei nº 8.666/93;

b) **licitação fracassada** é:

b.1) aquela a que compareceram interessados, mas todas as **propostas não foram admitidas**:

b.1.1) seja pelo fato de os preços veiculados serem excessivos em face dos valores do mercado ou desconformes com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes,

b.1.2) seja pelo fato de as propostas não serem válidas em face das exigências editalícias;

b.2) aquela em que compareceram licitantes interessados, houve proposta(s) classificada(s), mas todos os **licitantes foram inabilitados**.

No caso b.1.1. de **fracasso** do certame pela **superioridade dos preços** das propostas em face dos valores do mercado ou pela **desconformidade com aqueles registrados** nos órgãos oficiais competentes, tendo o edital sido publicado até 29.12.2023 para contratação de serviços ou fornecimento de bens, admite-se a **contratação direta por dispensa de licitação** uma vez atendidos os requisitos do inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e se **permite a adjudicação direta nos estritos termos em que consagrado no Estatuto licitatório anterior (Lei Federal nº 8.666/93), não havendo que se aplicar** as novas regras da **Lei Federal nº 14.133/21**.

Na hipótese b.1.2 em que há **licitação fracassada** por serem as **propostas julgadas inválidas**, não em razão de preços excessivos ou desconformes com os registrados, mas por outras razões como, p.ex. e de modo genérico, por inobservância de exigências editalícias, não há que se falar em dispensa de licitação, devendo-se **iniciar novo procedimento licitatório, sob as regras da Lei nº 14.133/21**, também em razão da independência entre o certame fracassado anterior e a nova licitação, ao que se acresce a máxima “tempus regit actum” e a ausência de retroatividade da parte final da alínea “a” do inciso III do artigo 75 da NLCC, decorrendo do artigo 191 da NLCC a multiplicidade ou mescla de incidência de Estatutos;

Em se tratando de b.2 com **licitações fracassadas** decorrentes da **inabilitação dos licitantes**, o fato de não se ter hipótese legal que autorize contratação direta na Lei nº 8.666/93 (artigo 24), nem na Lei nº 14.133/21 (artigo 75), implica realização de **um novo certame licitatório, já sob as regras da NLCC**, ausente qualquer vínculo entre a licitação anterior (que seguia a Lei Federal nº 8.666) e o novo procedimento (agora já sob a incidência exclusiva da Lei nº 14.133), com amplo reconhecimento da independência jurídica de ambos os procedimentos, ausente qualquer razão juridicamente válida capaz de afastar as regras da NLCC, inclusive quanto ao dever instrutório imposto pela Lei Federal nº 14.133/21 e incidente no novo certame.

4 – ADESAO, EM 2024, A ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS REGIDAS PELA LEI Nº 8.666, DE 1993

4.1 – DELIMITAÇÃO DA CONSULTA JURÍDICA

109. Por meio do Memorando.SEPLAG/SUBCOMP/SCPOL.nº 3/2024 (81214529), a área técnica demandante questiona se “as atas de registro de preços em vigor, celebradas com fundamento no Decreto nº 46.311/2013, poderão ser utilizadas por órgão ou entidade que não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, faz adesão à ARP durante sua vigência? Em outras palavras, essas atas poderão ser utilizadas por caronas, nos termos e limites definidos no edital de licitação que deu origem à Ata de Registro de Preços? Em sendo positiva a resposta a esta indagação, quais são as regras que orientação a instrução processual neste caso?”.

110. A Consultante contextualiza que, apesar de a questão ter sido incluída na Resolução Seplag/AGE n. 10.742/23 – que disciplinou, no Governo estadual mineiro, o marco temporal de transição entre a Lei 8.666, de 1993 e a Lei 14.133, de 2021, – ainda tem surgido dúvidas acerca da possibilidade (e contornos) da utilização de atas de registro de preços vigentes, regidas pelo Decreto nº 46.311/2013, por órgãos e entidades não participantes da licitação, os chamados órgãos e entidades “caronas”.

111. A área técnica prossegue aduzindo que a polêmica reside no fato da necessidade por bens e serviços ter sido identificada após a revogação, em 30/12/2023, da Lei Federal nº 8.666/93 e decorrente perda de eficácia do conjunto normativo que a regulamentou, especificamente para novas contratações. Assim, ainda que as atas de registro de preços permaneçam em vigor e possam ser executadas pelos órgãos e entidades participantes do certame, a dúvida é se seria regular a sua utilização para novas contratações decorrentes de adesões de “caronas” no ano de 2024. Adicionalmente, em caso afirmativo, a área técnica consultante questiona quais seriam as regras que disciplinarão essas novas contratações.

4.2 – DOS ATORES ENVOLVIDOS NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

112. No sistema de registro de preços, existem três principais sujeitos: o órgão gerenciador, o órgão participante e o órgão não participante.

113. De acordo com a tipologia definida no Decreto nº 46.311, de 2013 – que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, da Lei nº 8.666, de 1993, da Administração direta, autárquica e fundacional no Estado de Minas Gerais – o **órgão gerenciador** é órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ARP.

114. O **órgão participante** é o órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e integra a ARP.

115. O **órgão não participante** é o órgão ou entidade da Administração Pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, faz adesão à ARP durante sua vigência, atendidos os requisitos normativos, sendo comumente designado como “carona”.

116. A dúvida jurídica da área técnica demande se circunscreve ao órgão participante e ao órgão não participante, comumente conhecido como “carona”.

4.3 – ANÁLISE JURÍDICA

117. A consulta da área técnica pode ser traduzida em dois questionamentos: diante da regra de transição adotada pelo Governo Estadual no art. 4º da Resolução nº 10.742, de 2023, 1) é possível a adesão, no ano de 2024, a atas de registros de preços vigentes e regidas pelo Decreto nº 46.311/13 (que regulamenta o SRP da Lei 8.666, de 1993 no âmbito Estadual mineiro)? E, em caso positivo, de acordo com quais regras teria de ser realizada a instrução processual desse pedido de carona?

4.3.1 - REGRA DE TRANSIÇÃO REFERENTE ÀS ATAS DE REGITRO DE PREÇOS

118. Com a ultratividade das normas revogadas, tal qual os contratos que permanecerão vigentes após a revogação da lei que lhe deu suporte, as atas de registro de preços fundamentadas na Lei nº 8.666, de 1993 e na Lei 10.520, de 2002, também terão, analogicamente, suas vigências incólumes, na forma como disposta no edital que lhe deu base.

119. A Advocacia-Geral da União, por meio da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos se manifestou sobre o assunto ^[27], admitindo, mesmo em 2024, a continuidade da vigência das atas de registro de preços fundadas na Lei nº 8.666, de 1993. Segundo a AGU, é aplicável a regra de ultratividade quando, no processo licitatório que gerou a ata, durante o período de convivência normativa, foi realizada a “opção” definida no artigo 191 da Lei nº 14.133/2021.

120. A nova Lei de Licitações nada dispôs – de forma expressa – acerca do regime de transição aplicável às atas de registro de preços, donde se extrai também haver vácuo normativo para solucionar a viabilidade ou não de haver adesões, no ano de 2024, a atas regidas pela legislação revogada.

121. A Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023^[28] dispôs, no art. 4º, que as atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 46.311, de 2013, podem ser normalmente utilizadas durante o prazo de sua vigência, **sendo possível admitir adesões**, nos termos previstos no respectivo instrumento convocatório, a saber:

Art. 4º – As atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 46.311, de 2013, poderão ser utilizadas durante o prazo de sua vigência, sendo possível celebrar contratações ou admitir adesões, conforme estabelecido no respectivo instrumento convocatório. (sem grifo no original)

122. Redação similar foi adotada pela União, no Decreto federal nº 11.462, de 2023 – norma que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito da União – o qual expressamente permitiu a adesão atas regidas pelo Decreto federal 7.892, de 2013:

Art. 38. Os processos licitatórios e as contratações autuados e instruídos com a opção expressa de ter como fundamento a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), ou a [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), além do [Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013](#), serão por eles regidos, desde que:

(...)

§ 2º **As atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892, de 2013, durante suas vigências, poderão ser utilizadas** por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública federal, municipal, distrital ou estadual **que não tenha participado do certame licitatório**, mediante anuência do órgão gerenciador, observados os limites previstos no referido Decreto. (grifamos)

123. O Estado de São Paulo também optou por adotar regra similar, ao dispor, no art. 2º do Decreto nº 67.570, de 2023, ser possível admitir adesões às atas efetivadas no regime anterior, cujo edital tenha sido publicado até dia 29 de dezembro de 2023:

Artigo 2º - As atas de registro de preços resultantes de licitações em que tenha ocorrido a opção de que trata o artigo 1º deste decreto poderão ser utilizadas durante o prazo de sua vigência, observado o limite legal de 1 (um) ano, **sendo possível celebrar contratações ou admitir adesões, conforme estabelecido no respectivo instrumento convocatório.** (grifamos)

124. Em Minas Gerais, a partir da redação do art. 4º da Resolução Seplag/AGE nº 10.742, de 2023, é possível extrair que, uma vez publicado o edital para registro de preços até o dia 29 de dezembro de 2023, a ata dele decorrente terá plenos efeitos, podendo ser normalmente utilizada pelo órgão gestor e pelos órgãos e entidades dela participantes.

125. Da mesma forma, do que se extrai da mencionada norma, eventuais pedidos de adesão de órgãos e entidades não participantes, mesmo que ocorram no ano de 2024, são possíveis. Contudo, ainda que o Estado de Minas Gerais, a União e o Estado de São Paulo tenham adotado regras de transição similares, ainda remanesçam – de acordo com a área técnica demandante (e parcela considerável da doutrina) – dúvidas de outros órgãos e entidades estaduais acerca da viabilidade e forma de eventuais adesões, a atas de registro de preços regidas pelo regime anterior, quando efetivadas em 2024, ocasião em que já se encontram revogadas as Leis 8.666, de 1993 e 10520, de 2002, as quais regem as atas de registro de preços cujos editais foram publicados até o dia 29 de dezembro de 2024.

4.3.2 - CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DO ASSUNTO

126. Inicialmente, é importante salientar que considerável parte dos posicionamentos doutrinários que serão expostos abaixo têm como objeto a redação do art. 38, § 2º, do Decreto federal nº 11.462, de 2023, acima mencionado. Embora a redação de transição adotada pelo Estado de Minas Gerais seja similar, algumas distinções serão feitas abaixo, tendo em vista que a ceulema da “carona” no plano Estadual guarda outras especificidades.

127. Sobre a possibilidade de adesão, em 2024, a atas de registro de preços regidas pela Lei 8.666, de 1993, é possível dizer que, ao menos, duas vertentes são identificáveis: a **primeira vertente** entende pela viabilidade novas adesões, mesmo para as “caronas” cuja instrução inicial e pedido ocorram após a revogação das Leis nºs 8.666, de 1993 e 10.520, de 2002, ou seja, no ano de 2024. A **segunda vertente** defende que a adesão somente é possível caso o pedido de carona ou a opção por contratar tenham ocorrido dentro da vigência das referidas leis, ou seja, até o dia 29 de dezembro de 2023.

128. A **segunda corrente**, como exposto, fundamenta que a opção em aderir a uma ata de registro de preço regida pela Lei 8.666/93 e pela Lei 10.520/02 somente seria válida se ocorresse até o dia 29 de dezembro de 2023. Leonardo Mota Moreira^[29], ao tecer considerações sobre atas de registro de preços da União (ente que adotou as mesmas regras de transição do Governo Estadual Mineiro), diz:

Mas, vejam: o art. 191, da Lei nº 14.133/2021 determina que opção pela escolha da legislação a ser seguida deverá ocorrer até 29.12.2023, enquanto vigente, ainda, a Lei nº 8.666/93. Após essa data, não existe mais opção em contratar pela legislação antiga, se o órgão não estava integrando o processo licitatório e já havia sido lançado o edital até 29.12.2023.

Como já comentamos, não existe órgão “carona” antes da existência da ata e, logicamente, não há como haver um planejamento desse órgão discutindo uma adesão de uma ata inexistente.

Nesse sentido, então, não há possibilidade de, por exemplo, em janeiro de 2024, após ser realizado o Estudo Técnico Preliminar para se discutir a necessidade e as soluções possíveis, se optar por aderir a uma ata regida pelo Decreto nº 7.892/2013, cuja licitação foi fundamentada na Lei nº 8.666/93 ou, no caso de pregão, pela Lei nº 10.520/02.

Entendemos que, mesmo o Decreto nº 11.462/2023 permitindo a utilização, durante sua vigência, das atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892/2013 por órgão não participantes do processo licitatório inicial, não tem como esse órgão optar por seguir as regras dessa licitação após 29.12.2023, simplesmente, porque essa é a regra clara do art. 191, da Lei nº 14.133/2021.

Não há como optar por utilizar a legislação antiga após 29.12.2023

129. Em entendimento similar ao da segunda vertente, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo^[30], ao responder consulta realizada por Município, entendeu que os pedidos de adesão (“carona”) em atas regidas pelas normas atualmente revogadas somente são possíveis se o pedido de adesão e a concessão da solicitação pelo órgão gestor ocorresse dentro do período estabelecido nas regras de transição (até o dia 29 de dezembro de 2023):

Se o pedido de adesão do “carona” e a respectiva concessão pelo órgão responsável pela ata de registro de preços forem realizados dentro do período temporal estabelecido pelas regras de transição da Nova Lei de Licitações, de acordo com as alterações da Lei Complementar 198, de 28 de junho de 2023, ou seja, até 29 de dezembro de 2023, os contratos decorrentes seguirão a mesma legislação prevista na ata, desde que pactuados durante a sua vigência, ainda que formalizados após a referida data limite

130. Referida visão da **segunda vertente** parte do pressuposto jurídico que a “opção por licitar ou contratar diretamente”, prevista no art. 191, se aplica ao pedido carona, ou seja, que essa opção por solicitar a carona seria equiparada a “opção por licitar ou contratar diretamente” e teria, portanto, que ocorrer até o dia 29 de dezembro de 2023.

131. Nesse sentido, aduz Ronny Chales^[31]:

Para deixar bem claro nosso entendimento: em uma perspectiva estritamente dogmática, parece razoável admitir a adesão em uma demanda iniciada ainda em 2023, com opção por adotar o regime antigo, mesmo que esta (a adesão) apenas se concretize em 2024, momento de vigência exclusiva da

Lei 14.133/2021. Contudo, não parece razoável considerar que um processo de contratação iniciado, por exemplo, apenas em agosto de 2024, resulte em uma adesão a Ata de Registro de Preços fundamentada na Lei nº 8.666/1993, em setembro ou outubro de 2024.

(...)

Novas demandas, surgidas em 2024, devem estar sujeitas à legislação nova. Isso se aplicaria não apenas ao planejamento da contratação, mas também à regra do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021 que proíbe o hibridismo entre o novo regime e as legislações antigas.

132. Ronny Charles, apesar de ressaltar sua opinião pessoal – no sentido de que seriam inviáveis as adesões, em 2024, a atas regidas pelas Lei 8.666/93^[32], como acima mencionado) -, reconhece ser “defensável a tese de que a continuidade da validade da ARP traria necessariamente como consequência a possibilidade de adesão como definido no regulamento federal”^[33]. Alega que a redação do “Decreto federal 11.462, de 2023, admitiu, sem qualquer restrição, a adesão a atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892, de 2013, durante suas vigências, mesmo durante o ano de 2024”^[34]:

Pois bem: se, por um lado, é defensável a tese de que a continuidade da validade da ARP traria necessariamente como consequência a possibilidade de adesão, como definido pelo regulamento federal, por outro lado, importante ponderar que a adesão se equipara a uma forma anômala de contratação direta, cujo processo pode se iniciar meses depois da publicação da ata de registro de preços.

Sendo a decisão de realizar a contratação de acordo com regime das leis antigas, ainda no prazo de convivência normativa (condição definida pelo legislador, em seu artigo 191, para preservar a ultratividade do regime anterior), parece legítimo que tal decisão, ocorrida ainda em 2023, justifique posterior adesão, mesmo que ela apenas se conclua em 2024.

Contudo, seria legítimo admitir que um processo de contratação iniciado apenas em junho de 2024, portanto sob a égide exclusiva da Lei nº 14.133/2021, chegasse em julho ou agosto de 2024 à decisão de adesão a uma Ata de Registro de Preços lastreada na Lei nº 8.666/93? Necessário perceber que a “opção” pela contratação com base no regime antigo seria totalmente extemporânea ao período de convivência normativa, que durou apenas até o fim de dezembro de 2023, não se justificando a aplicação da regra de ultratividade normativa, ao menos não nos termos do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021. Nada obstante, até que seja apresentada alguma restrição por parte dos órgãos de controle ou mesmo mudança do regulamento federal, **convém ponderar que o Decreto federal nº 11.462/2023 admitiu, sem qualquer restrição, a adesão a atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892, de 2013, durante suas vigências, mesmo durante o ano de 2024.** (sem grifo no original)

133. Com a devida vênia, a “carona” em 2024 em ata regida por edital de registro de preços publicada até 29/21/2023 está umbilicalmente ligada ao procedimento anterior. Para novas contratações em 2024, somente incidiria a máxima *tempus regit actum* se se iniciasse uma nova necessidade administrativa que não tivesse vinculação jurídica com algum certame prévio, o que não é o caso da adesão a atas. Eventual carona em 2024 está estritamente vinculada o microuniverso jurídico – válido e perfeito – do edital que lhe dá suporte, conforme veremos a seguir.

4.3.3 - DA NATUREZA JURÍDICA DA ADESÃO DE ÓRGÃO NÃO PARTICIPANTE E DO ATO JURÍDICO PERFEITO: A PRIMEIRA VERTENTE

134. Para a **primeira vertente** acima mencionada, é possível a adesão de órgãos não participantes a atas de registro de preços regida pela Lei nº 8.666, de 1993, e Lei nº 10.520, de 2002, ainda que o pedido ou a decisão por aderir ocorra no ano de 2024, quando já revogadas as mencionadas leis, especialmente em razão da **ultratividade da lei e da proteção ao ato jurídico perfeito**, senão vejamos.

135. Com todo o respeito pelos entendimentos da **segunda vertente**, entende-se, data máxima vênia, que não há subsunção irrestrita do art. 191 ao instituto da “carona”. Isso por que o art. 191, ao dispor que “a Administração poderá **“optar por licitar ou contratar diretamente”** irradia efeitos aos órgãos ou entidades que deflagram licitações ou contratações diretas, o que não se confunde com o instituto da adesão tardia ou “carona”.

136. O art. 191 se aplica indubitavelmente ao edital que deflagra o registro de preços, mas a expressão “optar por licitar ou contratar diretamente” não limita, especificamente, os pedidos de adesão (“carona”), não se direciona a eles, havendo vácuo normativo nesse particular. O referido espaço enseja preenchimento pelas normas infralegais, pela doutrina e até mesmo pelo aplicador do ordenamento, como “centro produtor de norma” no direito administrativo contemporâneo.

137. A adesão tardia (“carona”) é um mecanismo – ou instrumento – de gestão de licitações compartilhadas/centralizadas, não se confundindo com licitação em si nem com contratações diretas. **O instituto da adesão de órgãos não participantes não é uma forma de contratação.** A adesão de órgão não participante é instituto que não existe sozinho, como possibilidade direta de se efetivar uma contratação. A adesão somente é viável – no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993 – caso esteja prevista no edital de licitação, ou seja, **ela é ferramenta ou instituto acessório de uma licitação**, não uma modalidade de licitação nem forma de contratação.

138. A carona não é dispensa de licitação nem hipótese de inexigibilidade, pois **a eleição do fornecedor de uma ata de registro de preços é oriunda de procedimento competitivo** (ao menos no regime da Lei 8.666, de 1993). O que ocorre é que, após o procedimento competitivo que elege determinado fornecedor de bens ou serviços, o resultado da licitação é compartilhado com outros órgãos e entidades como **ferramenta de centralização ou compartilhamento de procedimento de compras públicas**, vale dizer, como um instrumento de gestão da contratação centralizada/compartilhada, o que não se assemelha – sob nenhum aspecto – às hipóteses de contratações diretas.

139. O fato de a necessidade de contratação de um órgão ou entidade ter sido identificada em 2024 não tem o condão de convocar o instituto da “carona” – instrumento acessório de compartilhamento de compras públicas –, em instituto diverso (licitação ou contratação direta).

140. A adesão a atas de órgão não participante é instituto próprio com contornos jurídicos específicos, contornos esses decorrentes do microsistema do sistema de registro de preços posto no edital.

141. Portanto, tendo em vista que o instituto da adesão a atas de registro de preços de órgão/entidade não participante tem a natureza jurídica de procedimento/instrumento acessório de compartilhamento de compras públicas, ele não se confunde com licitação nem com contratação direta, donde se conclui que o procedimento de adesão não encontra a restrição constante do art. 191 da NLLC, ou seja, não se extrai da NLLC que o pedido de “carona” tenha que ter iniciado ou se concluído no período de concomitância normativa previsto no art. 191.

142. O que extrai do art. 191 da NLLC é que o edital de registro e preços que prevê a possibilidade de “carona” é que tem que ter sido veiculado dentro do período de concomitância normativa (ou seja, até 29/12/2023); esse é o marco que define a ultratividade da norma em consequentemente, dos efeitos jurídico do edital de registro de preços.

143. A edição de uma nova lei traz consigo controvérsias sobre a sua aplicação, especialmente no que diz respeito ao conflito de leis no tempo. O **ato jurídico perfeito**, uma vez existente, recebe a proteção da irretroatividade das leis ulteriores. O art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB, dispõe que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Reputa-se ato jurídico perfeito aquele que foi consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou^[35], como é o caso da publicação de um edital.

144. A proteção do ato jurídico perfeito também encontra sede constitucional no art. 5º, XXXVI, CF/88, ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

145. Disso defluiu-se a seguinte regra: leis novas não podem atingir situações jurídicas constituídas sob a égide de leis revogadas, ou seja, leis novas não podem retroagir^[36]. É o princípio da irretroatividade da lei. Assim, o que se busca, ao definir-se regras de direito intertemporal, é a preservação do ato jurídico perfeito, a garantia da irretroatividade da lei e a segurança jurídica.

146. Se ata foi elaborada respeitando-se todos os ditames legais e do edital vigentes à época e dentro da regra de transição adotada pelos respectivos entes interessados, o **edital ganha feições de ato jurídico perfeito** e suas disposições terão plena validade para irradiar todos os efeitos jurídicos insertos no certame, especialmente as regras que preveem a possibilidade de adesões de órgãos não participantes durante toda a vigência da ata.

147. A regra a ser seguida por uma ata de registro de preços vigente é a regra posta no edital, a regra vigente na data de sua publicação. O Edital publicado é ato jurídico perfeito, o que implica a validade de todo o seu conteúdo e seus efeitos se protraem no tempo e impedem a sua alteração por lei posteriores. Nesse sentido, Marçal Justen Filho preleciona^[37]:

As licitações em curso subordinam-se à disciplina da lei vigente à data da publicação do edital. **Esse edital se configura como ato jurídico perfeito e acabado**, cujos efeitos de prolongam no tempo. **A edição de nova lei não pode afetar o conteúdo das regras previstas em edital.** Aliás, a disciplina

no edital não comporta alteração nem mesmo em vista das alternativas previstas na legislação anterior. (sem grifo no original)

148. Ademais, não há qualquer dispositivo na Lei Federal nº 14.133, 2021 que pudesse atingir retroativamente certames iniciados com expressa opção pelo microuniverso jurídico da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

149. Assim, uma vez publicado edital para registro de preços no qual haja previsão de adesão de órgãos não participantes (“carona”), regido pelo Decreto 46.311, de 2023, de acordo com os marcos temporais adotados pelo Estado de Minas Gerais (Resolução 10.742, de 2023), a legislação posterior, em obediência ao ato jurídico perfeito, não pode limitar o alcance das previsões do certame, até porque foi com base nelas que os fornecedores elaboraram suas propostas comerciais. Restringir/alterar as regras do edital (no caso a regra da possibilidade de adesão tardia), além de infringir o ato jurídico perfeito, implicaria malferimento da competitividade e isonomia, pois foi com base nas regras do edital que as propostas comerciais foram moldadas e lastreadas a disputa.

150. Do que se extrai da regra de transição do art. 191 é que a ultratividade da Lei 14.133, de 2021, resulta na aplicação da norma revogada com todas suas facetas de direito material e processual. O art. 191 tratou as regras de cunho processual/procedimental e as regras materiais da mesma forma^[38], vale dizer, uma vez eleito o regime dentro da regra de transição posta, a ultratividade – quando aplicável – carrega consigo tanto as regras procedimentais e/ou processuais e as regras de direito material, as quais serão as mesmas até que se ultime o procedimento competitivo e as relações jurídicas negociais decorrentes.

151. Condicionar os pedidos de “carona” à sua conclusão até o dia 29 de dezembro de 2023, portanto, implicaria a ruptura do ato jurídico perfeito, da garantia da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e, sobretudo, da isonomia, sem mencionar o princípio da não surpresa e da confiança legítima. Isso porque o licitante que venceu a licitação para registro de preços, em 2023, tem a justa expectativa da possibilidade de concessão de “carona” durante a vigência da ata que detém, caso a regra tenha sido prevista em edital.

152. Pela ótica econômica da licitação e pela ótica do fornecedor, dizer a ele que sua ata tem validade restringida – expurgando a viabilidade de concessão de caronas no ano de 2024 – traduz-se como quebra abrupta da confiança legítima, prejudicando a forma como ele estruturou sua proposta comercial.

153. Ainda como reforço de argumento, temos que os procedimentos que regem as licitações públicas devem observar, especialmente, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º da Lei 8.666/93). O Edital faz lei entre as partes, não podendo ser descartado pela mera conveniência dos envolvidos, sendo a observância das regras edilícias pressuposto de validade da contratação, garantidor da isonomia, do julgamento objetivo, da impessoalidade e da moralidade do procedimento.

154. José Anacleto Abduch entende cabível a adesão, mesmo em 2024, a atas regidas pela Lei 8.666, de 1993. Diz o autor^[39]:

Em homenagem aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência, da economicidade e do interesse público não há óbice para que sejam aceitas adesões a ata de registro de preços celebradas com fundamento na Lei nº 8.666/93, mesmo após a sua revogação. A Lei nº 14.133/21 não contém regramento de transição expresso para o instituto do registro de preços. Esta omissão deve ser suprida por interpretação inteligente da Lei. A nova Lei faz alusão expressa a que as licitações e os contratos celebrados com base na Lei nº 8.666/93 serão regidos por esta lei, até sua extinção (dos contratos). Ao instituto do registro de preços se aplicam as regras de transição expressamente entabuladas para reger licitações e contratos fundamentados na Lei nº 8.666/93.

Desta feita, uma ata de registro de preços celebrada com fundamento na Lei nº 8.666/93 terá vigência plena, até sua extinção, mesmo após a revogação desta Lei. Por vigência plena se deve entender a possibilidade de adesões (caronas) nos limites estabelecidos pelas normas de regência (por exemplo, Decreto Federal nº 7.892/13).

155. Como asseverado acima, a “carona” em 2024 em ata regida por edital de registro de preços publicada até 29/12/2023 está umbilicalmente ligada ao procedimento anterior. Para contratações iniciadas em 2024, somente incidiria a máxima *tempus regit actum* se se iniciasse uma nova necessidade administrativa que não tivesse vinculação legal com certame prévio, o que não é o caso da adesão a atas.

156. Existe uma inegável relação gravitacional entre a adesão de órgão não participante e a licitação que lhe deu origem.

157. Não se olvida da razoabilidade do esforço argumentativo da corrente que entende que o pedido de adesão deveria ocorrer até dia 29/12/2023. Contudo, adota-se, na presente manifestação, o entendimento de que – **em conformidade com o ato jurídico perfeito, a garantia da irretroatividade da lei, a segurança jurídica, isonomia, justa expectativa e confiança legítima, é juridicamente admissível, após 30/12/2023, a instrução e pedido de adesão de órgão ou entidade não participante a atas de registro de preços vigentes e reguladas pela Lei 8.666, de 1993, Lei 10.520, de 2002 e pelo Decreto 46.311, de 2013, desde que a publicação do edital para registro de preços tenha ocorrido até o dia 29/12/2013, conforme autoriza a Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023.**

4.3.4 - DAS ESPECIFICIDADES DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO DOS PEDIDOS DE ADESÃO NA ÓRBITA ESTADUAL

158. Considerável parte dos posicionamentos doutrinários expostos acima têm como objeto a redação do art. 38, § 2º, do Decreto federal nº 11.462, de 2023, dispositivo acima mencionado. Embora a redação de transição adotada pelo Estado de Minas Gerais seja bastante similar à redação da União, algumas distinções devem ser feitas, tendo em vista que a ceuuma da “carona” no plano Estadual guarda especificidades próprias.

159. No plano da União, tanto o órgão/entidade que concede a “carona” quando aquele que solicita a “carona” o fazem dentro do mesmo espectro regulamentar, até porque é vedado aos órgãos/entidades da Administração Pública federal aderirem a atas de registro de preços gerenciadas por Estados, Distrito Federal e Municípios^[40].

160. No plano Estadual, entretanto, a questão ganha outros contornos, pois podem ocorrer pelo menos **quatro** situações distintas:

- (i) pedido de “carona” de órgão ou entidade Estadual mineira para órgão ou entidade gestora Estadual mineira (ambos, portanto, comungando do mesmo regime – Decreto 46.311, de 2013);
- (ii) pedido de “carona” de órgão/entidade Estadual mineira para órgão/entidade gestora federal;
- (iii) órgão/entidade Estadual mineira solicita “carona” para órgão/entidade gestora de outro Estado ou Município;
- (iv) órgão/entidade Distrital ou Municipal solicita “carona” a órgão/entidade gestora mineira.

161. O órgão/entidade “carona” adere integralmente ao regime jurídico do órgão gestor, vale dizer, ele adere a um regime jurídico que lhe é alienígena, regime jurídico que rege o edital e do qual o órgão “carona” fará parte.

162. Quando se fala de regras de transição da nova Lei de Licitações, contudo, cada um dos atores (gestor e “carona”) traz consigo um regime jurídico distinto e nenhum deles poderá ser desconsiderado. **Somente será viável a efetivação de carona, em 2024, a uma ata regida pela Lei 8.666, de 1993, se o regime de transição adotado pelo órgão ou entidade gestora autorizar essa operação.** Também deve ser verificado se o órgão ou entidade que pretende aderir a ata possui norma de transição que eventualmente vede a solicitação de “carona” em 2024. Exemplifica-se:

163. Se o Estado de MG solicita, em 2024 adesão (“carona”) a uma ata federal regida pela Lei 8.666, de 1993, temos que:

I) A regra de transição da União (órgão gerenciador) expressamente autoriza que as **atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892, de 2013, durante suas vigências, poderão ser utilizadas por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública** federal, municipal, distrital ou estadual que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador, observados os limites previstos no referido Decreto (art. 38, § 2º, Decreto 11.462, de 2023). (grifamos).

II) A norma estadual mineira que tratou da transição (art. 4º da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023) não veda que órgãos ou entidades estaduais mineiros adiram, em 2024, a atas de outros entes políticos regidas pela Lei 8.666, de 1993.

III) A norma estadual mineira que tratou da transição autoriza a adesão de órgão ou entidade estadual a atas regidas pela Lei nº 8.666, de 1993, gerenciadas por órgãos ou entidades estaduais mineiras (art. 4º da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023).

164. Vejamos novamente o que dispõe a regra de transição adotada pelo Governo Estadual Mineiro constante da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023:

Art. 4º – **As atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 46.311, de 2013, poderão ser utilizadas durante o prazo de sua vigência, sendo possível celebrar contratações ou admitir adesões,** conforme estabelecido no respectivo instrumento convocatório. (sem grifo no original)

165. Sob a ótica do art. 4º da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023, os órgãos e entidades que sejam do Governo Estadual Mineiro estão autorizados tanto a solicitar carona quanto a concedê-la, mas desde que as atas sejam regidas pelo Decreto 46.311, de 2013. Assim, uma fundação mineira poderia solicitar carona a uma ata de registro de preços regida pela Secretaria de Planejamento e vice versa.

166. Mas o art. 4º da Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023 não traz regra expressa sobre a possibilidade de algum órgão ou entidade estadual aderir a atas de registro de preços gerenciados, por exemplo, por órgão ou entidade da União ou de outros Estados. Essa lacuna normativa estadual mineira, no entanto, não impede que órgãos ou entidades estaduais solicitem adesão a órgão/entidade de outra esfera política, desde que o órgão gestor da ata possua regime de transição autorizativo (seja por norma, parecer jurídico ou qualquer ato administrativo capaz de definir tal questão), especialmente porque a “carona” implica na adesão integral das normas de regência do órgão gestor.

4.3.5 - DA INSTRUÇÃO DO PEDIDO DE CARONA

167. Ao se permitir pedidos de adesão, em 2024, a atas regidas pela Lei 8.666/93, surgem outras questões de ordem prática. A área técnica consulente questiona “quais seriam as regras de instrução processual” do pedido de adesão.

168. As atas firmadas com fundamento na Lei nº 8.666, de 1993, seguem vigentes mesmo após 30 de dezembro de 2023. A instrução do procedimento de adesão a ser observado, conforme dito acima, é o vigente no momento da publicação do edital que deu origem a ata, ou seja, aquele previsto na Lei nº 8.666, de 1993, Lei 10.520, de 2002 e no Decreto 46.311, de 2013.

169. Conforme dito acima, o órgão/entidade “carona” adere integralmente ao regime jurídico do órgão gestor, vale dizer, ele adere a um regime jurídico que lhe é alienígena, o regime jurídico que rege o edital do qual o órgão “carona” fará parte. Portanto, o processo do pedido de adesão deverá ser instruído conforme as exigências constantes das normas que regeram o edital que originou a ata. Não parece viável que ata regida pela Lei nº 8.666, de 1993, permita adesão regulada pela Lei nº 14.133, de 2021, sob pena de se infringir a vedação normativa de combinação das leis (art. 191 da Lei 14.133, de 2021).

170. Especialmente no caso do Estado de Minas Gerais, as mesmas regras sobre o Estudo Técnico Preliminar se aplicam tanto ao extinto regime da Lei 8.666, de 1993 quanto ao novo regime da Lei 14.133, de 2021, conforme previsto na Resolução Seplag nº 115, de 2021 [41]. Com isso, ainda que um ETP se inicie em 2024, todos os seus requisitos são comuns aos processos da Lei 8.666, de 1993 e aos processos da Lei 14.133, de 2021.

171. Ademais, tendo em vista que a ultratividade da Lei 14.133, de 2021, implica a aplicação da norma revogada com todas suas facetas de direito material e processual, os requisitos, condições e limites para a adesão serão aqueles dispostos nas normas que regeram o edital.

4.3.6 – CONCLUSÃO PARCIAL(ADESÃO, EM 2024, A ATAS REGIDAS PELA LEI 8.666, DE 1993

172. Com base nos fundamentos aduzidos, entende-se ser juridicamente viável que novos pedidos de adesão de órgão não participante sejam feitos em 2024 (Estado como gestor ou não participante), a fim conceder “carona” ou realizar pedido de adesão a atas de registro de preços regidas pelo extinto regime da Lei nº 8.666, de 1993, desde que o edital de registro de preços tenha sido publicado até o dia 29 de dezembro de 2023 e que o regime de transição do órgão gestor de outra esfera política assim autorize.

5 – CONCLUSÃO GERAL

Como conclusões gerais das três consultas formuladas pela área técnica, temos que:

- 1) É juridicamente possível, após 29/12/2023, a efetivação de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, fundamentada no art. 24, XI, da Lei nº 8.666, de 1993, quando a dispensa for oriunda de contrato celebrado com base na Lei Federal nº 8.666/93, cuja rescisão ocorra ou tenha ocorrido após a revogação da referida norma.
- 2) Tendo um edital sido publicado até 29.12.2023, uma vez caracterizada a licitação deserta, não apenas se admite a contratação direta por dispensa de licitação se atendidos os requisitos do inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, como se sujeita procedimentalmente esse expediente ao Estatuto anterior, não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21; deverão ser observadas as exigências legais como as impostas pelo artigo 26 da Lei nº 8.666/93;
- 3) No caso de fracasso do certame pela superioridade dos preços das propostas em face dos valores do mercado ou pela desconformidade com aqueles registrados nos órgãos oficiais competentes, tendo o edital sido publicado até 29.12.2023 para contratação de serviços ou fornecimento de bens, admite-se a contratação direta por dispensa de licitação uma vez atendidos os requisitos do inciso VII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 e se permite a adjudicação direta nos estritos termos em que consagrado no Estatuto licitatório anterior (Lei Federal nº 8.666/93), não havendo que se aplicar as novas regras da Lei Federal nº 14.133/21.
- 4) Nas hipóteses em que há licitação fracassada por (i) serem as propostas julgadas inválidas e (ii) inabilitação dos licitantes, não é viável a dispensa de licitação com base na Lei nº 8.666, de 1993, devendo-se iniciar novo procedimento licitatório, sob as regras da Lei nº 14.133/21.
- 5) É juridicamente admissível, após 30/12/2023, a instrução e pedido de adesão de órgão ou entidade estadual não participante a atas de registro de preços vigentes e reguladas pela Lei 8.666, de 1993, Lei 10.520, de 2002, desde que a publicação do edital para registro de preços tenha ocorrido até o dia 29/12/2013 e desde que as normas de transição do órgão gestor autorizem a operação. Do mesmo modo, a Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais pode, na qualidade de gestora de ata, autorizar, em 2024, adesão de órgãos não participantes, desde que atendidos todos os requisitos do estatuto anterior.

É o parecer.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 2024.

FLÁVIA MENSITIERI MIRANDA

Procuradora do Estado
AJUR/SUBCOMP-SEPLAG

RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO

Procuradora do Estado
AJUR/SUBCOMP-SEPLAG

EDUARDO GROSSI FRANCO NETO

Procurador do Estado
Assessor Jurídico-Chefe da Subcomp/Seplag

[1] Nesse sentido, a doutrina de Carlos Maximiliano: “Nem as leis, nem os senátus-consultos podem ser escritos de modo que compreendam todos os casos suscetíveis de ocorrer em qualquer tempo; será bastante abrangerem os que sobrevêm com frequência maior” (Digesto, liv. 1, tit. 3, frag. 10). Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi - “Não podem ser todos os assuntos especificadamente compreendidos por leis ou senátus-consultos” (Digesto, liv. 1, tit. 3, frag. 12). (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pág. 161-162).

[2] [Parecer 17.23-CNLCA-CGU-AGU 1 \(1\) remanescente de obra.pdf](#)

[3] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270

[4] *Boletim de Licitação e Contratos*, n. 1, janeiro/2001, p. 40

[5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática*, 4ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 56-57

[6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

[7] VAZ, Paulo Afonso Brum. *Licitação. Linhas gerais e aspectos destacados in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.29, p.72-95, out./dez de 1999

[8] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 11ª ed Salvador: Juspodivm: 2021, p. 362.

[9] FERRAZ, Sérgio ; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 51.

[10] BARROS, Márcio dos. *Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: NDJ, 2011, p. 211.

[11] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21 in Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 19/2021, p. 23-43, out./dez 2021.

[12] *Manual de compras diretas do TCU*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D71A8CEA96335>. Acesso em 20/09/2022. Confira-se., ainda: Acórdão 6786/2012.

[13] Acórdão 908/2019, Pleno do TCU.

[14] *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, v. 2., coordenado por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 111-112.

[15] *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, v. 2., coordenado por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 112.

[16] PALAVÉRI, Marcelo. *Nova lei de licitações e contratações públicas para municípios*, v. 1. Leme-SP: Mizuno: 2021, p. 484.

[17] HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. Lei nº 14.133/21. 2ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p.478)

[18] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 419.

[19] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 362.

[20] O Pleno do TCU entende que é irregular a contratação direta com fundamento em *licitação fracassada* sem que antes tenha sido concedido o prazo de oito dias úteis às empresas participantes do certame para apresentação de outras propostas escoimadas das falhas que ensejaram a desclassificação (art. 24, inciso VII, c/c art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993). Nesse sentido, o acórdão 756/2022.

Ademais, a abertura de oportunidade para apresentação de nova proposta de preços não pode ocorrer apenas em favor da licitante vencedora da licitação, quando todas as propostas estiverem acima dos valores estimados pela instituição contratante, sob pena de violação ao inciso II e § 3º do art. 48, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 2528/2011, Pleno do TCU)

[21] Acórdão 1849/2011, Pleno do TCU.

[22] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 270

[23] Ivan Barbosa Rigolin citado no Acórdão 6786/2012 do TCU

[24] FERRAZ, Sérgio ; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 50-51.

[25] *Decisão 118/1998*, 2ª Câmara do TCU, Processo 775.046/97-3; *Decisão 35/1996*, 1ª Câmara do TCU, Processo 825.028/95-7; *Decisão 103/1998*, Plenário do TCU, Processo 013.992/96-1, Acórdão 342/2011, 1ª Câmara do TCU, Acórdão 1.151/2007, 2ª Câmara do TCU.

[26] SIMIONATA, Katia Maria da Costa. *Licitações desertas e fracassadas: Distinções e efeitos jurídicos*. Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/338078/licitacoes-desertas-e-fracassadas--distincoes-e-efeitos-juridicos>. Acesso em 20/09/2022.

S[27] Parecer 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU.

[28] A Resolução Conjunta Seplag/AGE nº 10.742, de 2023 teve sua forma e/ou conteúdo e validade jurídica chancelada pelas Notas Jurídicas da Assessoria Jurídica da Subsecretaria de Compras da Seplag nº 48, de 2023 (62735485) e nº 66, de 2023 (64301735). Embora a Nota Jurídica AJUR/Subcomp nº 48 tenha analisado a Resolução nº 10.728, de 2023, que veio a ser revogada pela Resolução nº 10.742, de 2023, grande parte do conteúdo da norma revogada foi reproduzido pela norma revogadora, especialmente o art. 4º, que dispôs sobre a possibilidade de adesões a atas de registro e preços regidas pela Lei 8.666, de 1993.

[29] MOREIRA, Leonardo Mota. *Utilização das Ata de Registro de Preços regidas pelo Decreto nº 7.892/2013, após 29.12.2023*, 2023. Disponível em: <[Utilização das Ata de Registro de Preços regidas pelo Decreto nº 7.892/2013, após 29.12.2023 - Ronny Charles](#)> . Acesso em: 13 dez. 2024.

[30] Parecer em Consulta 00016/2023-1 – Plenário, disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rcr=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi2uYad76qEAXVrQ5UChRpoAc0QFnoECAkQAO&url=https%3A%2F%2Fdiario.tcees.tc.br%2FUAk1qj&opi=89978449>. Acesso em: 14 fev. 2024.

[31] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Uma solução consequencialista para a adesão, em 2024, das atas de registros de preços baseadas nas leis nº 8.666/93*, 2024. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/uma-solucao-consequencialista-para-a-adesao-em-2024-das-atas-de-registros-de-precos-baseadas-nas-leis-no-8-666-93/>>. Acesso em 15 fev. 2024.

[32] “Contudo, seria legítimo admitir que um processo de contratação iniciado apenas em junho de 2024, portanto sob a égide exclusiva da Lei nº 14.133/2021, chegasse em julho ou agosto de 2024 à decisão de adesão a uma Ata de Registro de Preços lastreada na Lei nº 8.666/93? Necessário perceber que a “opção” pela contratação com base no regime antigo seria totalmente extemporânea ao período de convivência normativa, que durou apenas até o fim de dezembro de 2023, não se justificando a aplicação da regra de ultratividade normativa, ao menos não nos termos do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021.

Em tese, conforme entendimento que defendemos em congressos e eventos durante todo o ano de 2023, novas demandas que surjam em 2024, após a revogação da legislação antiga, deveriam se submeter à legislação nova, inclusive em relação ao planejamento da contratação e em relação à regra que veda hibridismo entre o regime novo e as legislações antigas, o que impediria a adesão a atas lastreadas no regime antigo. Assim, embora sejam claramente legítimas as adesões cujo procedimento tenha se iniciado com a devida opção pela adoção do regime antigo, ainda no período de convivência normativa, é questionável a defesa da ultratividade normativa para novas demandas surgidas após a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei do RDC, quando não mais seria admitida tal opção, pelo regime definido no artigo 191 da Lei nº 14.133/2021”. In TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A utilização das Atas de Registros de Preços baseadas nas Leis 8.666/93, 10.520/2002 e RDC após suas Revogações*, 2024. Disponível em: <<https://www.portaldecompraspublicas.com.br/blog/a-utilizacao-das-atas-de-registros-de-precos-baseadas-nas-leis-8-666-93-10-520-2002-e-rdc-apos-suas-revogacoes-217>>. Acesso em: 14 jan. 2024.

[33] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A utilização das Atas de Registros de Preços baseadas nas Leis 8.666/93, 10.520/2002 e RDC após suas Revogações*, 2024. Disponível em: <<https://www.portaldecompraspublicas.com.br/blog/a-utilizacao-das-atas-de-registros-de-precos-baseadas-nas-leis-8-666-93-10-520-2002-e-rdc-apos-suas-revogacoes-217>>. Acesso em: 14 jan. 2024.

[revogacoes-217](#)>. Acesso em: 14 jan. 2024.

[34] *Idem*.

[35] Decreto-Lei 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às normas de direito brasileiro – LINDB). “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (...) § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

[36] A irretroatividade da lei não é um princípio absoluto, havendo, no direito constitucional, a **retroatividade mínima, média e máxima**, conforme precedentes do STF, v.g., RE 140.499, Primeira Turma, MOREIRA ALVES, pub. 09.09.1994: “EMENTA: Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7. da Constituição de 1988. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais tem vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (**retroatividade mínima**). Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (**retroatividades máxima e média**)” (grifamos)

[37] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1768.

[38] FILHO, José Humberto P. Muniz; AGUIAR, João Benício. *Nova lei de licitações e contratos e direito intertemporal: velhos problemas*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-27/muniz-filho-aguiar-lei-licitacoes-direito-intertemporal/>. Acesso em 14 fev. 2024.

[39] ABDUCH, José Anacleto. Nova lei de licitações: regras de transição para o novo regime, 2023. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-regras-de-transicao-do-velho-para-o-novo-regime/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

[40] Art. 22, § 8º, Decreto federal 7.892, de 2013 e art. 33 do Decreto federal nº 11.462, de 2023.

[41] Disponível em: < <https://www.pesquisalegislativa.mg.gov.br/LegislacaoCompleta.aspx?cod=198711&marc=>>. Acesso em 15 fev. 2024.



Documento assinado eletronicamente por **Eduardo Grossi Franco Neto, Procurador(a) do Estado**, em 27/02/2024, às 15:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Raquel Melo Urbano de Carvalho, Procurador(a) do Estado**, em 27/02/2024, às 15:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Flavia Mensitieri Miranda, Procurador(a) do Estado**, em 27/02/2024, às 16:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **82827036** e o código CRC **685E16F0**.