



Referência: Processo nº 202300010057226

Interessado(a): @nome_interessado@

Assunto: Republicação de edital - legislação aplicável

DESPACHO Nº 190/2024/GAB

EMENTA: CONSULTA JURÍDICA. DIREITO ADMINISTRATIVO. REGIME DE TRANSIÇÃO. LEIS Nº 8.666/93, Nº 10.520/2002 E Nº 12.462/2011. LEI Nº 14.133/21. REPUBLICAÇÃO DE EDITAL REGIDO PELA LEI Nº 8.666, DE 1993. MODIFICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO, PARA APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.133, DE 2021. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DESNECESSIDADE DE MIGRAÇÃO DE REGIME PELA MERA CIRCUNSTÂNCIA DE TER HAVIDO ALTERAÇÃO NO VALOR, COM NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA REQUISIÇÃO DE DESPESA. NECESSIDADE DE EXAME QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE MUDANÇA SUBSTANCIAL. MATÉRIA ORIENTADA. DESPACHO REFERENCIAL.

1. Cuida-se, nesta oportunidade, de consulta formulada pelo Gerente de Licitações, que, por meio do Ofício nº 4850/2024/SES (SEI nº 56122565), solicita esclarecimentos a respeito de aspectos temporais da aplicação da revogada Lei nº 8.666, de 1993, sobretudo em situações nas quais o edital é republicado.

2. Pertinente o registro de que estes autos foram originalmente instaurados para a resposta a outros questionamentos, veiculados no Ofício nº 53289/2023/SES (SEI nº 52286118), havendo se manifestado a Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde por meio do Parecer Jurídico SES/PROCSET nº 829/2023 (SEI nº 52606394), com encaminhamento dos autos ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, diante da relevância da matéria.

3. Na forma do **Despacho nº 1847/2023/GAB** (SEI nº 53325210), entendeu-se pela irrelevância jurídica da data da sessão, para a definição do regime legal aplicável. Nesta linha, assentou-se que *“a relevância para a definição do regime aplicável reside na opção por licitar, que deve ocorrer até o dia 29 de dezembro de 2023, consoante deflui dos dispositivos transcritos da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Assim, observada tal disposição, bem como as demais normas editadas na esfera estadual, no exercício da competência suplementar, lícita será a adoção do regime licitatório por revogar, uma vez concretizada a opção por licitar pela autoridade competente em cada caso, até 29/12/2023”*.

4. Diante da afinidade com as questões outrora formuladas, por versarem sobre aspectos temporais da aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, aproveitaram-se estes autos para que fossem

elucidadas as seguintes indagações:

1 - Em processos em que o Ordenador de Despesas autorizou até a data 29/12/2023 que se realize a licitação pela Lei nº 8.666/93, independente da licitação estar prevista para a sessão de abertura ocorrer em 2023 ou 2024, mas que por impugnações ou pedido de esclarecimentos, houve a necessidade de adiamento "SINE DIE" da licitação. Nesses casos, caso o setor técnico, após as modificações do Termo de Referência, entenda que haja necessidade de aumento do preço total da licitação, mediante novas pesquisas de preços, gerando nova Requisição de Despesas, ainda poderá fazer a republicação da Licitação em 2024 utilizando-se a Lei nº 8.666/93? Ou Devido ao aumento do preço e necessidade de inserção de nova Requisição de Despesas, faz com que o processo seja encerrado e utilize-se a nova Lei Licitações?

2 - E, no caso hipotético narrado no item anterior, se não houver aumento no preço total da licitação (ou seja, o processo permanecer no mesmo valor da Requisição de Despesas, ou houver uma redução no preço total do processo - motivo pelo qual será considerada a Requisição a maior anterior, se assim entenderem, não havendo inclusão de nova Requisição de Despesas), questiona-se se essa licitação adiada "sine die" poderá ser republicada em 2024 utilizando-se a Lei nº 8.666/93?

3 - Nos exemplos dos itens anteriores, diante da necessidade de adequação dos documentos orçamentários e financeiros dos processos para o presente exercício, caso entendam que esta Gerência poderá prosseguir com a licitação utilizando-se a Lei nº 8.666/93, o fato da atualização dos documentos orçamentários e financeiros implicaria na invalidação da utilização da Lei nº 8.666/93?

5. A Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Saúde, ao se debruçar sobre o tema, exarou o Parecer Jurídico SES/PROCSET nº 68/2024 (SEI nº 56199749), orientando *“no sentido de que a alteração no preço total da licitação, seja para reduzir, seja para aumentar, caracteriza alteração substancial, dada a sua repercussão em todo o procedimento licitatório. Assim, a republicação da licitação em 2024, decorrente da alteração no preço do certame, enseja que a licitação republicada passe a seguir os ditames da Lei nº 14.133/21, ante a revogação da Lei nº 8.666/93, ocorrida em 30/12/2023”*. Ato contínuo, foram os autos remetidos a esta Casa, com fundamento no art. 2º, § 1º, "a", da Portaria nº 170/2020 - GAB/PGE, ante o ineditismo da matéria.

6. É o relatório. Passa-se à manifestação.

7. De início, recorda-se que a Procuradoria-Geral do Estado, por meio do **Despacho nº 436/2023/GAB** (SEI nº 45783900), fixou a orientação de que *“a expressão legal “opção por licitar” inserta no art. 191 da Lei nº 14.133/2021 se refere à manifestação expressa do agente público competente, ainda na fase preparatória, sobre o regime licitatório que quer utilizar como fundamento jurídico do processo de licitação ou de contratação direta”*. Tal entendimento foi posteriormente reiterado no já mencionado **Despacho nº 1847/2023/GAB** (SEI nº 53325210), exarado neste caderno processual. Ainda, o art. 2º, §1º, do Decreto estadual nº 10.240, de 2023, dispõe que a *“opção por licitar com fundamento na legislação a que se refere o caput deste artigo deverá constar da Requisição de Despesas ou da Solicitação de Bens e Serviços”*.

8. Portanto, realizada a opção por licitar, na fase interna, até o dia 29/12/2023, legítima se revela a utilização do regime da Lei nº 8.666, de 1993. Rememorada tal diretriz, cumpre delimitar o objeto da presente consulta, que consiste, de forma sucinta, em avaliar o impacto decorrente de eventual republicação do edital, após realizada, tempestivamente, a opção por licitar. Nos questionamentos (SEI nº 56122565), extrai-se, ainda, que a dúvida tem por objeto, precipuamente, as situações em que é modificado o valor estimado da contratação, com a necessidade de renovação da Requisição de Despesa.

9. Em sua manifestação (SEI nº 56199749), aduz corretamente a Procuradoria Setorial que, *“a depender da amplitude das modificações introduzidas no edital e/ou documentos preparatórios da licitação que tramita segundo os ditames da Lei nº 8.666/93, com a conseqüente necessidade de*

republicação da licitação em 2024, a orientação jurídica será diversa". E prossegue, também de maneira acertada, no seguinte sentido:

2.10 Tem-se, então, o seguinte cenário: se as alterações efetivadas forem de natureza formal, simples ou pontual, que são aquelas que não modificam os elementos essenciais do conteúdo do edital, a licitação conduzida sob o pálio da Lei nº 8.666/93, que venha a ser republicada em 2024, deve permanecer pautada nas disposições da Lei nº 8.666/93, ainda que esta já esteja revogada. Lado outro, se a republicação da licitação decorreu de alterações substanciais ou significativas no edital ou demais documentos preparatórios da licitação, deve ela doravante seguir as diretrizes da Lei nº 14.133/21, independentemente de ter sido originalmente trilhada com fundamento na Lei nº 8.666/93. Dessa forma, não é toda e qualquer alteração na licitação promovida sob a égide da Lei nº 8.666/93, a implicar sua republicação em 2024, que ensejará a mudança no diploma normativo regulador da licitação, passando da Lei nº 8.666/93 para a Lei nº 14.133/21.

10. Com efeito, o mero fato de um edital já publicado vir a ser suspenso, e posteriormente republicado, não é ocorrência, por si só, capaz de extinguir a continuidade de um certame. Via de regra, permanece hígida a unidade do procedimento, porquanto o objeto que será posto em disputa é o mesmo, e a fase preparatória, que contempla os estudos prévios e a delimitação do objeto, seguirá servindo à Administração. Em outros termos, eventual aperfeiçoamento do edital ou de documento que instrui a sua publicação consistirá, na maior parte da vezes, em mera intercorrência procedimental, incapaz de representar uma quebra no certame, que seja capaz de levar à conclusão de que se trata de "outra licitação".

11. Por outro lado, é possível, de fato, que ocorram mudanças substanciais, configuradoras de um certo distanciamento entre aquilo que se estava licitando e o que se passa a licitar. Em tal hipótese, não se revelaria adequado o aproveitamento da "opção por licitar" outrora realizada, porquanto a referida escolha terá incidido sobre o antigo objeto, e não sobre a remodelada pretensão. Analisando a questão de forma abstrata, o TCE/ES, por meio do Parecer em Consulta 00016/2023-1 - Plenário, externou o entendimento de que "*no caso de o edital ser suspenso e republicado, em razão de impugnações ou pedidos de esclarecimentos, deve-se verificar, antes, se a republicação do edital permite alterações capazes de modificar o seu conteúdo essencial, evitando-se manobras para manter o procedimento licitatório regido pela legislação anterior*"^[1].

12. Fixadas tais premissas, impende reconhecer que é tarefa desafiadora a identificação, nos casos concretos, do que configura "mudança substancial", mostrando-se inviável traçar, em abstrato, parâmetros exaustivos, que permitam uma fácil tomada de decisão, a partir de um simples juízo silogístico.

13. De todo modo, não se revela adequado concluir que a alteração do valor estimado, para mais ou para menos, implica, *ipso facto*, a caracterização de alteração substancial, a demandar a mudança do regime aplicável. Imagine-se, por exemplo, que, após publicado o Edital, constatou-se que o quantitativo a ser adquirido de um determinado bem é de 100 (cem) unidades, e não de 90 (noventa). Ora, a suspensão do edital primitivo e a subsequente republicação irão acarretar, naturalmente, a necessidade de renovação da documentação orçamentária e financeira, com a expedição de nova Requisição de Despesa. Isso, todavia, não representa um rompimento com o processo de contratação que já vinha sendo trilhado, verificando-se, na situação imaginada, mero ajuste de pequena monta no quantitativo a ser adquirido.

14. Ainda que a alteração incida sobre alguma especificação do objeto, é possível entender pela continuidade do procedimento. Se, exemplificativamente, alguma especificação técnica é suprimida, após impugnação ao Edital, com o fim de promover o aumento da competitividade, isso não irá significar que é outro o objeto a ser licitado. É possível, inclusive, que o valor estimado permaneça o

mesmo. Sob outro vértice, é igualmente possível que ocorram alterações que não modifiquem o valor estimado, mas que, ainda assim, impactem substancialmente no objeto, a ensejar a migração para o procedimento da Lei nº 14.133, de 2021.

15. Em suma, não há como definir, abstratamente, as situações que irão demandar a alteração no regime legal, podendo-se apenas sugerir, com um inevitável grau de generalidade, que as seguintes questões sejam avaliadas, a fim de se alcançar uma solução adequada: i) o quanto do planejamento da contratação terá de ser refeito, ii) se a solução para a satisfação da necessidade administrativa permanece, em linhas gerais, a mesma, iii) se os quantitativos sofreram variação significativa, dentre outras questões, a serem examinadas de acordo com o caso concreto.

16. Registre-se que, não obstante pudesse ser útil traçar uma diretriz geral, no sentido de que a edição de nova Requisição de Despesa implica alteração substancial, por ter o mérito de simplificar a interpretação, a solução, além de passível de questionamentos teóricos, iria de encontro ao princípio da eficiência, por dar azo à perda da instrução processual prévia, sem que fosse estritamente necessário.

17. De todo modo, em situações-limite, nas quais subsista dúvida mesmo após análise criteriosa, é recomendável a adequação procedimental, com instrução processual em conformidade com a Lei nº 14.133, de 2021. Tal direcionamento acaba por acautelar o gestor, que obtém maior nível de proteção, em face de eventuais questionamentos, mesmo porque a modificação do regime, após a realização de alterações no Edital, é medida que se mostra pouco vulnerável a críticas de ordem jurídica, na medida em que se encontra no espaço de discricionariedade que o gestor possui para tomar as decisões que se encontram na sua esfera de decisão.

18. Importante destacar, por oportuno, que a necessidade de emissão de nova Requisição de Despesa, com a perda da eficácia da anterior, não torna sem efeito a opção por licitar exercida anteriormente, pelo simples fato de ter sido veiculada na Requisição de Despesa pretérita. Com efeito, mostra-se desimportante qual foi o documento, especificamente, no qual a opção foi exercida. Importa, em verdade, a própria escolha, o que fica claro, inclusive, do teor do art. 2º, § 1º, do Decreto estadual nº 10.240, de 2023, segundo o qual a escolha pode ser feita na Requisição de Despesas, na Solicitação de Bens e Serviços ou mesmo em “outro ato que a convalide”. A forma como o dispositivo aborda a questão deixa nítido que o essencial é o exercício da opção pela autoridade competente, independentemente do veículo formal, que pode, portanto, inclusive vir a se tornar posteriormente insubsistente, sem prejuízo da eficácia da opção efetuada.

19. Por fim, na esteira do subparágrafo 2.14 do opinativo setorial (SEI nº 56199749), desaconselha-se a manutenção de Requisição de Despesa com valor ficto a maior, porquanto deve-se primar pela precisão dos documentos orçamentários e financeiros da contratação, revelando-se inadequado que um documento deixe de ser renovado apenas com a finalidade de obter algum efeito reflexo conveniente. De acordo com o raciocínio ora desenvolvido, inclusive, a medida sequer seria necessária, na medida em que o entendimento é pela ausência de relação de necessidade entre a alteração do valor e a mudança do regime licitatório aplicável.

20. Em síntese, a ocorrência de alteração substancial, a exigir que a republicação do Edital se dê em conformidade com a Lei nº 14.133, de 2021, somente pode ser aferida à luz do caso concreto, sem que se possa traçar delineamento de caráter geral, capaz de viabilizar o fornecimento de uma resposta de maneira facilitada.

21. Ainda, na linha das ponderações *supra*, registra-se, em atenção ao terceiro questionamento formulado pela Gerência de Licitações (SEI nº 56122565), que a atualização dos documentos orçamentários e financeiros não interfere no regime legal utilizado, isto é, não é empecilho à continuidade do feito sob a regência da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista que a definição da lei a ser utilizada depende, como já orientado por esta Casa quando da edição do **Despacho nº 1847/2023/GAB** (SEI nº 53325210), da realização da “opção por licitar”, e não de eventos outros.

22. Ante o exposto, **aprova-se parcialmente o Parecer Jurídico SES/PROCSET nº 68/2024** (SEI nº 56199749), para assentar o entendimento de que a republicação de edital, regido inicialmente pela Lei nº 8.666, de 1993, deverá ser feita com as devidas adaptações para a Lei nº 14.133, de 2021, apenas nos casos em que restar configurada “modificação substancial”, o que haverá de ser constatado à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa afirmar, abstratamente, a sua existência apenas em virtude da necessidade de renovação da Requisição de Despesa.

23. Matéria orientada, retornem-se os autos à Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial, para os devidos fins. Antes, porém, cientifiquem-se do teor desta **orientação referencial** as Chefias das Procuradorias Setoriais da Administração direta e indireta e o CEJUR (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste Despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA

Procurador-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

[1] Disponível em: <https://diario.tcees.tc.br/edicao/2023/9/18/atos-plenario/acordaos-pareceres-plenario/noticia/47121>



Documento assinado eletronicamente por **RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA, Procurador (a) Geral do Estado**, em 21/02/2024, às 17:48, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **56772628** e o código CRC **A271A1B6**.



