



Referência: Processo nº 202300036012905

Interessado(a): DIRETORIA DE OBRAS RODOVIÁRIAS

Assunto: CONSULTA

DESPACHO Nº 224/2024/GAB

EMENTA: CONSULTA JURÍDICA. DIREITO ADMINISTRATIVO. NEGÓCIOS PÚBLICOS. REGIME DE TRANSIÇÃO. LEIS Nº 8.666, DE 1993, Nº 10.520, DE 2002, E Nº 12.462, DE 2011. LICITAÇÃO, CONDUZIDA COM AMPARO NA LEI Nº 8.666, DE 1993, QUE RESULTA DESERTA OU FRACASSADA. APLICAÇÃO DA HIPÓTESE DE DISPENSA PREVISTA NO ART. 24, V, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, APÓS A REVOGAÇÃO DESTA. INVIABILIDADE JURÍDICA. ULTRATIVIDADE NÃO PREVISTA EM LEI. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PERMISSIVO EQUIVALENTE DA LEI Nº 14.133, DE 2021, PREVISTO NO ART. 75, III. LEI VIGENTE. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO COMBINADA DAS LEIS DE LICITAÇÕES. CONTRATAÇÃO A SER CONDUZIDA COM BASE NA LEI Nº 14.133, DE 2021. NECESSIDADE DE AJUSTES NA MINUTA CONTRATUAL. MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES ESSENCIAIS DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS CONTORNOS ECONÔMICOS DA CONTRATAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DE EXCLUSÃO DAS DUAS HIPÓTESES, COM NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. MATÉRIA ORIENTADA. DESPACHO REFERENCIAL.

1. Cuida-se de processo instaurado no âmbito da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes - GOINFRA, para a contratação de empresa de engenharia especializada para a execução de ponte sobre o Rio Santa Maria, na Rodovia GO-154, Trecho GO-060/GO-050.

2. Por meio do Despacho nº 327/2024/GOINFRA/DOR (SEI nº 56457052), a Diretoria de Obras Rodoviárias narrou que, inicialmente, a sessão pública da Concorrência nº 46/2023-GOINFRA restou deserta, ante a ausência de interessados. Na sequência, após a promoção de ajustes destinados a ampliar a concorrência, foi realizada nova sessão de disputa, por meio da Concorrência nº 53/2023-GOINFRA, que resultou fracassada, porquanto a única licitante, ao final, foi inabilitada.

3. Ante o cenário narrado, encaminharam-se os autos para a Procuradoria Setorial, com indagação acerca do procedimento aplicável para a contratação direta, "*considerando que está em vigor a Lei Federal nº 14.133/2021 e que os editais foram instruídos na vigência da Lei Federal nº 8.666/93*".

4. Por meio do **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS nº 95/2024** (SEI nº 56759438), a Procuradoria Setorial da GOINFRA apresentou cinco conclusões, dentre as quais, no que diz

respeito especificamente ao objeto da consulta, a de que é juridicamente viável a “*dispensa por licitação deserta ou fracassada, com fundamento no art. 24, V, da Lei n. 8.666/1993, ainda que a dispensa ocorra após a sua revogação*”.

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

6. Em princípio, mostra-se pertinente delimitar o objeto da presente manifestação. Infere-se do Despacho nº 327/2024/GOINFRA/DOR (SEI nº 56457052), que promoveu a remessa dos autos à Procuradoria Setorial, que o objeto da consulta consiste no esclarecimento quanto à normativa aplicável à pretendida contratação direta, com fundamento no fracasso do certame. O parecerista, por sua vez, na construção de seu raciocínio, percorreu questões correlatas ao tema, para o fim de alcançar conclusão que se mostre harmônica com outras hipóteses que podem surgir na prática.

7. Pois bem, não obstante a relevância dos demais temas abordados, verifica-se que extrapolam aquilo que foi indagado, mostrando-se impertinente a realização de análise global de múltiplos cenários, mormente em hipótese na qual as indagações sequer chegaram a ser formuladas. Com efeito, apreciações pontuais, à luz de situações concretas que efetivamente se apresentam ao gestor e incidentes sobre pontos bem delimitados, tendem a ser objeto de maior esmero, permitindo que se alcancem conclusões dotadas de maior robustez. Assim sendo, embora a integralidade do parecer tenha sido submetida ao exame desta Casa, conhece-se apenas da parte que responde ao questionamento formulado, de modo que a essa se cingirá o precedente administrativo, sem prejuízo da futura apreciação de questões outras, desde que preenchidos os pressupostos do art. 2º, § 1º, da Portaria nº 170 - GAB/2020 - PGE.

8. Adentrando na temática delimitada supra, de saber-se as alternativas jurídicas que se põem ao gestor face à deserção ou ao fracasso de uma licitação, cumpre ter em mente, a fim de alicerçar a construção do raciocínio, o teor dos arts. 190 e 191 da Lei nº 14.133, de 2021:

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.

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.

9. Uma das conclusões que se podem inferir é a de que o legislador estabeleceu um período de “convivência normativa”: até o decurso do prazo estipulado, facultava-se o exercício de opção entre o regime por revogar e o instituído pela nova lei, nos termos do art. 191, *caput*. Para além disso, conclui-se, em conformidade com o art. 190 e com o parágrafo único do art. 191, que os contratos precedidos de licitações conduzidas com supedâneo na Lei nº 8.666, de 1993, continuarão por essa regidos.

10. No que toca à “opção por licitar” a que alude o *caput* do art. 191, importante aclarar, desde logo, o seu conteúdo, nos termos da interpretação já conferida por esta Casa, em mais de uma oportunidade (por exemplo, no **Despacho nº 436/2023/GAB** -SEI nº 45783900), no sentido de que

consiste na manifestação do agente público competente, ainda na fase preparatória, quanto ao regime licitatório que irá reger o certame.

11. A partir de tais premissas, questiona-se: a opção por licitar, formulada no decurso do planejamento da contratação, alcança posterior contratação direta, decorrente do fracasso ou da deserção do certame? Em caso negativo, pode-se aplicar a Lei nº 14.133, de 2021, para fundamentar a contratação direta? Ante tais indagações, vislumbram-se três soluções possíveis: i) viabilidade da contratação direta, com fundamento na Lei nº 8.666, de 1993; ii) viabilidade da contratação direta, com fundamento na Lei nº 14.133, de 2021; e iii) inviabilidade da contratação direta.

12. Quanto à primeira das hipóteses aventadas, no sentido da aplicabilidade do art. 24, V, da Lei nº 8.666, de 1993, atenta-se, inicialmente, para o teor do dispositivo, segundo o qual é dispensável a licitação *“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”*. Pertinente o registro de que, não obstante o texto legal descreva apenas a hipótese de licitação deserta, na qual não acudem interessados, o permissivo é extensível aos casos de licitação fracassada, na qual os licitantes são inabilitados ou têm suas propostas inadmitidas, em consonância com o entendimento fixado no **Despacho nº 2023/2020 - GAB** (SEI nº 000016811989) e reiterado no **Despacho nº 1172/2022 - GAB** (SEI nº 000031807738).

13. Embora não seja desarrazoado cogitar da aplicação do dispositivo recém transcrito, ante uma suposta relação de continuidade entre o procedimento licitatório que não alcançou bom fim e a contratação direta fundada no permissivo em comento, rechaça-se tal exegese. Uma primeira razão, embora não decisiva, está na literalidade do *caput* do art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021, que faz referência a *“optar por licitar ou contratar diretamente”*. Textualmente, portanto, a norma reclama um específico ato de opção para a contratação direta, diverso daquele que foi direcionado à licitação. Em outras palavras: verificando-se o insucesso da licitação, deve a autoridade competente optar por contratar diretamente; e, se o prazo de vigência da Lei nº 8.666, de 1993, já se esvaiu, resta impossibilitada a realização da opção por contratar diretamente com base na legislação revogada.

14. Note-se, a propósito, que os arts. 190 e 191 preveem i) um período de convivência normativa, no qual a Lei nº 8.666, de 1993, está ainda vigente, e ii) a ultratividade da legislação antiga, após sua revogação, desde que o contrato tenha sido celebrado com base na Lei nº 8.666, de 1993. **A opção por licitar ou contratar diretamente, por seu turno, é faculdade a ser exercida apenas no período de convivência normativa.**

15. A negativa de aplicação da hipótese encartada no art. 24, V, da Lei nº 8.666, de 1993, contudo, não se ancora apenas na literalidade do texto. Nessa toada, não se pode perder de vista que a aplicabilidade da Lei nº 8.666, de 1993, após o esgotamento de sua vigência, é hipótese de ultratividade da lei, fenômeno da dinâmica normativa que consiste na produção de efeitos por parte de diploma já revogado. É inegável a importância que possui a ultratividade, porquanto protetora da segurança jurídica de que carecem as relações jurídicas; todavia, deve-se encará-la como ocorrência dotada de excepcionalidade. Com efeito, a revogação de uma norma, pelo Parlamento, pode ser lida como a conclusão de que não mais se ajusta aos anseios sociais, já que, em outro caso, não se teria pretendido a sua eliminação do ordenamento. Por outro lado, uma legislação nova é, presumivelmente, capaz de proporcionar melhores resultados, mostrando-se mais condizente com a realidade; não fosse o caso, não haveria sido elaborada.

16. Assim, ainda que sem a pretensão de analisar, neste foro, o mérito ou a qualidade de qualquer uma das leis em discussão, é possível concluir, por razões lógicas, ser desejável que a nova

legislação seja de imediato aplicada a todas as situações que se encontrem no seu horizonte de incidência, devendo-se excetuar, apenas, os casos que se poderiam revelar ofensivos à segurança jurídica, sobretudo aos atos jurídicos perfeitos.

17. Assim, à míngua de respaldo textual exposto e diante da inexistência de violação à segurança jurídica, impõe-se o afastamento da aplicação do disposto no art. 24, V, da Lei nº 8.666, de 1993, porque, em outro caso, caracterizada estaria indevida concessão, à norma revogada, de ultratividade, fenômeno que, por natureza, deve ser de excepcional aplicação, em deferência, sobretudo, às competências próprias do Poder Legislativo.

18. Descartada a utilização da hipótese de dispensa da Lei nº 8.666, de 1993, importa perquirir a aplicabilidade do art. 75, III, da Lei nº 14.133, de 2021, que agasalha o permissivo equivalente. Confira-se o texto legal:

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

III - 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;

19. Ora, se inaplicável a dispensa com supedâneo na Lei nº 8.666, de 1993, a consequência que daí se pode extrair, *prima facie*, é no sentido de que será imediatamente aplicável a Lei nº 14.133, de 2021, sobretudo porque se trata de norma vigente, e a vigência, em regra, vem acompanhada da aptidão para produzir efeitos (eficácia), tal como sucede no caso da nova Lei de Licitações.

20. A questão, no entanto, reclama aprofundamento, diante da particularidade de se poder cogitar da configuração de aplicação combinada da Lei nº 8.666, de 1993, com a Lei nº 14.133, de 2021, o que é expressamente vedado pela parte final do art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021, e que, além disso, encontra obstáculo no princípio da legalidade, do qual deriva a impossibilidade de o intérprete criar um “terceiro regime”, que não é fruto da produção legislativa.

21. Pois bem, a suposta combinação de regimes estaria associada aos próprios pressupostos da hipótese de dispensa em estudo, na medida em que o art. 75, III, acima transcrito, exige expressamente a manutenção das condições definidas no edital da licitação. Nesta linha de inteligência, o fato de o edital haver sido publicado com base na Lei nº 8.666, de 1993, em conjugação com a necessidade de observância das condições do edital, conduziria à conclusão de que o contrato a ser celebrado com base na Lei nº 14.133, de 2021, acabaria por estar inevitavelmente permeado por elementos da legislação revogada, a redundar na integração indevida entre os regimes

22. Sem embargo da aparente lógica do raciocínio, tal construção não resiste a uma análise acurada. Com efeito, a exigência de manutenção das condições do edital tem fundamento e propósito claros. Confira-se a precisa lição de Ronny Charles Lopes de Torres^[1] :

Parece evidente que a mudança nas condições induziria fraudes ao procedimento licitatório, pois permitiria que o gestor, após uma desinteressante proposta de contratação disposta no edital (frustrando o certame pela falta de interessados), reformulasse esta, com contornos economicamente mais vantajosos, e resolvesse, então, usar este dispositivo para a contratação direta de alguma empresa de seu interesse particular.

23. A exigência, portanto, tem em mira evitar que o gestor explore maliciosamente a hipótese de dispensa, e parte da compreensão de que inexistiram interessados para a contratação desenhada no edital, e não para outra contratação, com características diversas. Sendo outros os contornos da contratação, presume-se que poderiam acudir interessados ou que tivessem sido formuladas propostas mais vantajosas. Na sequência, acrescenta Ronny Charles^[2] :

A manutenção das mesmas condições deve ser compreendida, entre outros, em relação ao valor estimado da contratação, aos requisitos de habilitação, às obrigações contratuais, às quantidades contratadas, entre outros, notadamente quando a alteração de tais elementos possa ter repercussão no interesse do mercado pela contratação.

24. Aclarados tais pontos, resta evidenciado que a combinação de regimes não decorre, inexoravelmente, da utilização da Lei nº 14.133, de 2021. Em verdade, tal diploma haverá de ser aplicado, de maneira integral, com exclusividade, promovendo-se todas as adaptações pertinentes. Assim, a minuta contratual que tiver instruído o edital, por exemplo, haverá de ser adaptada, suprimindo-se as referências à legislação revogada, e inserindo-se as normas correspondentes da Lei nº 14.133, de 2021.

25. Para a devida observância da exigência de manutenção das condições do edital, o essencial, tendo em vista a finalidade da norma, é que todos os elementos atinentes aos contornos econômicos da contratação sejam preservados. Em outros termos: não se pode promover modificação que torne a contratação mais interessante, porque em tal caso resultaria indubitavelmente violada a teleologia da norma. Na mesma linha, não se pode admitir o abrandamento de requisitos de habilitação, pois, nesse caso, poderia se desenhar prejuízo a eventual interessado que antes não preenchia os requisitos, e que agora atende. **O relevante, portanto, não é que a lei mencionada como fundamento para a contratação seja a mesma, mas sim que sejam preservadas as nuances da contratação, sem incremento de sua atratividade.**

26. De todo modo, diante da impossibilidade de serem antevistos todos os imbróglios que, na prática, podem exsurgir, conveniente traçar a seguinte diretriz: *caso alguma inovação da Lei nº 14.133, de 2021 que deva ser necessariamente observada e que torne a contratação mais vantajosa, há de ser descartada a contratação direta, promovendo-se a abertura de novo processo licitatório, em deferência ao princípio da isonomia.*

27. Tal desfecho, no entanto, há de ser encarado com viés de exceção, porque encerra a negação da contratação direta fundada na deserção ou no fracasso do certame, instrumento contemplado tanto pela Lei nº 8.666, de 1993, quanto pela Lei nº 14.133, de 2021. Com efeito, e aqui se aborda especificamente a terceira hipótese vislumbrada no parágrafo 11 deste expediente, **a negativa da contratação direta geraria situação esdrúxula: na transição de dois regimes jurídicos que admitem a contratação direta em caso de licitação deserta ou fracassada, estar-se-ia a negar a possibilidade.** Neste cenário, recorda-se que a Lei nº 13.655, de 2018, promoveu paradigmática reformulação da LINDB, dotando-a de conteúdo normativo que incorpora elementos consequencialistas à interpretação, de modo que, com ainda mais razão, não se deve privilegiar exegese que retira do gestor um instrumento capaz de evitar gastos desnecessários, pela supressão da obrigatoriedade de se realizar novo certame que, possivelmente, teria o mesmo destino.

28. Por último, não se vislumbram óbices ao aproveitamento dos atos praticados na fase preparatória, sendo desnecessária a sua repetição, o que vai ao encontro do princípio da eficiência. Cabíveis, apenas, ajustes eventuais naquilo que possa ter reflexos na relação contratual (por exemplo, no termo de referência), justamente para evitar a caracterização da aplicação combinada de regimes.

29. Em síntese, certame calcado na Lei nº 8.666, de 1993, que venha a resultar fracassado ou deserto, pode dar ensejo à realização de contratação direta, com base no art. 75, III, da Lei nº 14.133, de 2021, salvo situações excepcionais, em que as adaptações impostas pela nova legislação tornem a contratação economicamente mais atrativa, caso em que o objeto deve ser novamente licitado. Em qualquer caso, revela-se indevida a contratação com fulcro no art. 24, V, da Lei nº 8.666, de 1993, ante a ausência de respaldo para sua ultratividade. Por último, recorda-se que as hipóteses de licitação dispensável fornecem uma faculdade ao gestor, que, no exercício de sua discricionariedade, pode optar por licitar novamente o objeto.

30. Ante o exposto, **conhece-se parcialmente do Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS nº 95/2024 (SEI nº 56759438), e, nesta parte, deixa-se de aprová-lo**, assentando-se o entendimento de que o fracasso ou a deserção de licitação conduzida com base na Lei nº 8.666, de 1993, pode dar azo à contratação direta, com base no art. 75, III, da Lei nº 14.133, de 2021, ressalvadas situações excepcionais, nas quais é impositiva a realização de nova licitação.

31. Matéria orientada, retornem-se os autos à **Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes - GOINFRA, 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] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. Ed. JusPodivm, 12ª ed., São Paulo, 2021, p. 420.

[2] *Ibidem*.



Documento assinado eletronicamente por **RAFAEL ARRUDA OLIVEIRA, Procurador (a) Geral do Estado**, em 13/03/2024, às 08:10, 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 **57006439** e o código CRC **8AA691CD**.



Referência: Processo nº 202300036012905



SEI 57006439