

Título : INAPLICABILIDADE DO ART. 24, INCS. I E II, DA LEI Nº 8.666/1993 EM FACE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES
Autor : Sandro Luiz Nunes

DOCTRINA – JUL/2021

INAPLICABILIDADE DO ART. 24, INCS. I E II, DA LEI Nº 8.666/1993 EM FACE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

SANDRO LUIZ NUNES

Advogado. Auditor Fiscal de Controle Externo no TCE/SC. Especializando em Licitações e Contratações Públicas pela Escola Mineira de Direito.

Este texto tem por objetivo examinar a compatibilidade da opção do gestor em escolher a realização de contratação direta tendo com fundamento a Lei nº 8.666/1993 em face das novas regras previstas na Lei nº 14.133/2021 e da ideia de eficiência prevista na Constituição Federal e na própria nova Lei de Licitações. O intuito é verificar se, com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, na prática, restariam inaplicáveis os incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

CONTRATAÇÃO DIRETA

A Constituição Federal, em seu art. 22, inc. XXVII, atribuiu à União competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios, obedecido ao disposto no art. 37, inc. XXI, que, por via indireta, permite contratações pela Administração Pública sem que seja necessária a realização de um prévio procedimento de seleção de fornecedores de bens ou prestadores de serviços: a licitação.

O constituinte deixou ao juízo discricionário do legislador infraconstitucional definir as hipóteses em que a regra que impõe o dever de licitar possa ser afastada, e isso ocorre por diversas razões.

Uma delas simplesmente é a impossibilidade, no caso concreto, de competição em condições de igualdade, pedra de toque de toda e qualquer licitação, pois, não havendo com quem o comparar propostas, não há como aferir quem seria o escolhido. Limitações dessa ordem impõem reconhecer que a decisão em realizar licitação não poderá ser exigida do gestor público, pois a ele só caberá uma decisão: contratar ou não daquele que é o único capaz de ofertar o bem ou serviço de que a Administração necessita.

Mas outros fatores podem influenciar a decisão do legislador infraconstitucional para autorizar a contratação sem a realização de prévia licitação. Algumas vezes, poderá ser o custo do processo licitatório (ainda que durante o processo legislativo não se tenha visto um estudo técnico que indique qual seria, em média, o custo do processo para fins de definição do valor a qual seria autorizada a dispensa da licitação); em outros casos, poderá ser a necessidade urgente do objeto diante de situações que demandam um atendimento temporal que não poderia aguardar a conclusão normal do processo (mesmo que o processo licitatório tenha de ser realizado no menor tempo possível – princípio da eficiência); e, em outras hipóteses, é simplesmente uma questão de política legislativa, opção do legislador, pois, ainda que possível e viável a realização de licitação, este confere ao gestor público a opção de escolha.

Em consonância com a tradição inaugurada com o Decreto nº 4.536/1922, seguida com maior detalhamento pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986 e pela Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, previu as hipóteses de contratações diretas (inexigibilidade e dispensa de licitação) em seu art. 72 e seguintes.

Com relação às contratações diretas, a Lei nº 14.133/2021 trouxe muitas novidades, entre elas a dispensa com publicação de aviso convocando outros interessados, a qual chamaremos de “**licitação expressa**”, dadas suas características de uma licitação mais simplificada.

Importante destacar a relevância do estudo das contratações diretas na Administração Pública, pois aproximadamente 60% das contratações realizadas pela União são efetivadas por meio de contratações diretas, sejam dispensas de licitações, sejam inexigibilidades, conforme demonstra o Portal de Transparência da Controladoria-Geral da União, sintetizado no quadro a seguir:

FORMA DE CONTRATAÇÃO	2020		2019		2018	
	VALOR CONTRATADO (R\$)	% RELATIVO AO TODO	VALOR CONTRATADO (R\$)	% RELATIVO AO TODO	VALOR CONTRATADO (R\$)	% RELATIVO AO TODO
Dispensa de Licitação	19.308.310.243,69	35,20%	16.918.126.164,97	24,83%	39.278.082.353,25	37,08%
Pregão - SRP	12.093.264.693,55	22,04%	16.673.508.507,84	24,47%	21.172.727.457,11	19,99%
Inexigibilidade	11.536.513.771,23	21,03%	20.078.374.027,65	29,47%	26.945.914.179,91	25,44%
Pregão	10.451.041.706,11	19,05%	13.160.907.469,37	19,32%	16.112.378.789,42	15,21%
Concorrência	967.066.038,75	1,76%	851.540.669,95	1,25%	1.725.896.540,03	1,63%
Tomada de Preços	485.712.630,47	0,89%	418.220.096,10	0,61%	294.318.793,19	0,28%
Convite	10.965.923,11	0,02%	18.566.382,25	0,03%	10.026.209,94	0,01%
Concorrência - SRP	2.843.496,40	0,01%	6.474.022,61	0,01%	62.841.134,06	0,06%
Concurso	1.320.300,00	0,00%	1.350.323,22	0,00%	1.695.166,40	0,00%
Concorrência Internacional	1.036.799,64	0,00%	825.300,00	0,00%	322.282.669,01	0,30%
Total	54.858.075.602,95	100,00%	68.127.892.963,96	100,00%	105.926.163.292,32	100,00%

Fonte: BRASIL, 2018; 2019; 2020.

Para se ter uma ideia, em 2019, período pré-pandemia de covid-19, dos mais de 24 bilhões de reais contratados pelo Ministério da Saúde, 19,4 bilhões foram por meio de dispensas e inexigibilidades (78,09%). Em 2020, dos mais de 20 bilhões de reais contratados, 16,3 bilhões foram por meio de contratações diretas (79,97%).

No Ministério da Educação, em 2019, dos mais de 14,4 bilhões contratados, 7,2 bilhões (49,93%) foram por meio de contratações diretas. Em, 2020, 4,8 bilhões (49,82%) dos mais de 9,6 bilhões contratados, foram por meio de contratações diretas. Situação semelhante teria ocorrido em outros Ministérios.

Na prática, a exceção ao dever de licitar previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, tem se demonstrado a regra.

DISPENSA DE LICITAÇÃO NA LEI Nº 14.133/2021

Ao lado das hipóteses de inexigibilidade de licitações, temos as dispensas de licitações, que se constituem em uma importante ferramenta posta à disposição dos gestores para satisfazer as necessidades de contratações realizadas pela Administração Pública.

As dispensas de licitações representam, na União, aproximadamente 33% das contratações realizadas pela União nos últimos anos (2018 a 2020), conforme já demonstrado anteriormente.

As dispensas de licitações tiveram maior incidência no exercício de 2017 e 2018, conforme revelam os dados a seguir.

Evolução histórica da contratação por meio de dispensa de licitação	
ANO	VALOR
2013	18.005.954.924,23
2014	18.274.163.574,23
2015	23.887.181.235,51
2016	22.215.272.700,99
2017	104.879.101.781,00
2018	39.278.082.353,25
2019	16.918.126.164,97
2020	19.308.310.243,69

Fonte: BRASIL, 2021.

Comparado ao tempo médio de tramitação das licitações, as dispensas e as inexigibilidades têm uma tramitação muito mais célere. Em média, na União, no ano de 2020, uma dispensa de licitação levou 6 dias de duração, e a contratação por inexigibilidade, 14 dias.

Portanto, além de representar uma das mais utilizadas vias para escolha de fornecedores de bens ou prestadores de serviços, as dispensas de licitações constituem um dos mecanismos mais céleres para a contratação, dada a simplificação do procedimento, ao lado dos procedimentos de inexigibilidade de licitação. São, portanto, em tese, mais eficientes (relação custo-benefício-tempo).

Dispensa em razão do valor

A doutrina costuma justificar as dispensas de licitações fundadas no valor da contratação em razão do custo do processo licitatório. O princípio da economicidade estaria a justificar a não realização da licitação quando o custo para sua realização se torna superior ao custo do objeto contratado.

Nesse sentido, o legislador fixaria um valor teto para a dispensa de licitação baseado na existência de uma relação custo/benefício, ou seja, estaria dispensada a realização da licitação quando o custo econômico da licitação (despesas diretas e indiretas incidentes em sua realização) se apresente superior ao valor da contratação.

Trata-se, a nosso sentir, de uma presunção acolhida pela doutrina. Contudo, não se tem notícia de que haja nenhum estudo apresentado durante a tramitação do projeto de lei que indique que os valores fixados nos incs. I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 representem verdadeiramente o custo do processo licitatório.

Qual seria o custo de cada processo licitatório, em média? Não se sabe ao certo.

O legislador simplesmente escolhe um valor e fixa-o no texto legal. Não fosse isso, ele teria, obrigatoriamente, de ajustar o valor fixado na Lei nº 8.666/1993, pois nada justificaria a diferença de valores para as dispensas de licitações previstas nos incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 quando

comparados aos dos incs. I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021. Até porque a Lei nº 13.303/2016, já há quatro anos, prevê os mesmos valores da Lei nº 14.133/2021 para as estatais, de modo que os novos valores já estariam defasados economicamente, caso houvesse algum fundamento concreto por detrás da fixação de valores para dispensas de licitações; mas nos parece que não há, trata-se simplesmente de um critério escolhido aleatoriamente pelo legislador.

Atualmente, foram fixados os valores de 100 mil reais para obras e serviços de engenharia e de 50 mil para bens e outros serviços. Muito bom quando o gestor médio, sobretudo das unidades gestoras, compara-os com os pífios valores fixados na Lei nº 8.666/1993, não fosse a atualização realizada por meio do Decreto nº 9.412/2018, que atualizou para R\$ 33.000,00 para obras e serviços de engenharia e para R\$ 17.600,00 para bens e outros serviços.

A Lei nº 13.303/2016, de 30 de junho de 2016, em seu art. 29, incs. I e II, desde 2016 já prevê os valores de 100 mil para obras e serviços de engenharia e de 50 mil para aquisição de bens e contratação de outros serviços. Note-se que o legislador da Lei nº 13.303/2016 foi mais cuidadoso ao apontar que esses valores estabelecidos nos incs. I e II do art. 29 podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

A Lei nº 14.133/2021 utilizou-se de valores fixados há mais de 4 anos para regular as dispensas de licitações realizadas pela Administração Pública direta e indireta (art. 1º). Atualizando monetariamente os valores fixados na Lei nº 13.303/2016, de 30/06/2016 a 01/04/2021, data da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, o valor relativo às dispensas para obras e serviços de engenharia seria de aproximadamente 122 mil reais, e para bens e outros serviços, o valor corresponderia a aproximadamente 61 mil reais.

Dada as disparidades entre esses valores, pouco provável que estejam efetivamente atrelados ao custo de realização de um processo licitatório. Trata-se de valor arbitrado pelo legislador, o qual, na Lei nº 14.133/2021, utilizou como base os valores fixados genericamente na Lei nº 13.303/2016, portanto, adotou base de cálculo já desatualizada monetariamente.

Caso fosse utilizado o custo do processo licitatório como base, o legislador teria de estabelecer critérios valorativos para as contratações diretas tomando-se por base a licitação na modalidade de convite (Lei nº 8.666/1993) ou de pregão (Lei nº 14.133/2021), uma das mais ágeis, mesmo que, na prática, ainda se apresente morosa. Para se ter uma ideia, em 2020, o pregão normal levou, em média, 54 dias; o pregão para registro de preços, 73 dias; a concorrência normal, 146 dias; e a concorrência para registro de preços, 215 dias. As modalidades extintas pela Lei nº 14.133/2021 levaram, em média, 54 dias para o convite (mesmo tempo do pregão normal) e 82 dias para a tomada de preços (BRASIL, 2020).

Ainda que se possa levantar essa crítica (ausência de estudos que comprovem o custo do processo licitatório, o que deverá ser avaliado caso a caso pelos órgãos ou pelas entidades contratantes levando em consideração sua realidade local, seus próprios custos), a doutrina e a quase totalidade dos gestores aplaudiram os novos patamares fixados pela Lei nº 14.133/2021, muito mais favorável à contratação direta que aquela prevista na Lei nº 8.666/1993.

Não há dúvidas de que esse é o principal motivo para a imediata utilização das contratações reguladas pela Lei nº 14.133/2021, ainda que necessária a regulamentação de diversos aspectos e a efetivação do Portal Nacional de Contratações Públicas.

Ademais, a nova dispensa de licitação prevista na Lei nº 14.133/2021 se mostra mais eficiente, igualitária e impessoal à medida em que abre a oportunidade para que novas propostas possam ser apresentadas pelos interessados, conforme previsto no § 3º do art. 75, deixando que essas contratações se limitem apenas àquelas poucas empresas “convidadas” diretamente pela Administração Pública. Assim, o risco de arranjos entre licitantes ou entre estes e agentes públicos pode ser mitigado, devendo ser o uso da dispensa de licitação da Lei nº 14.133/2021 incentivado pela alta administração dos órgãos e das entidades licitantes.

INCOMPATIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS INCS. I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666/1993

EM FACE DA LEI Nº 14.133/2021

Por incrível que pareça, o legislador permitiu que as mesmas obras e serviços de engenharia possam ser contratadas diretamente com fundamento na Lei nº 8.666/1993 pelo prazo de até dois 2 anos, contados de 1º de abril de 2021.

Contudo, o valor fixado na Lei nº 8.666/1993 é de até R\$ 33.300,00, considerando a atualização de valores realizada por meio do Decreto nº 9.412/2018. Já a Lei nº 14.133/2021 fixou outros valores, conforme já mencionado. Mesmas obras, mesmos serviços, mas valores diferenciados. Não faz qualquer sentido a manutenção de valores distintos para as contratações diretas, já que a justificativa seria o custo do processo frente ao valor da contratação.

A professora Maria Helena Diniz (2015, p. 65) lembra que, no direito, há um princípio geral de justiça expresso na fórmula *suum cuique tribuere*, que significa, em linhas gerais, que “o que é igual deve ser tratado como igual, e o que é diferente, de maneira diferente”.

A nova Lei de Licitações, ainda que somente venha a revogar expressamente a Lei nº 8.666/1993 após o escoamento do prazo de 2 anos, conforme previsto no art. 193, inc. II, a nosso sentir, modificou os valores para as contratações diretas, inclusive as previstas na Lei nº 8.666/1993, pois se trata de norma geral de licitações de igual hierarquia e posterior, que veio regular a mesma matéria, qual seja, contratações diretas em razão do valor da contratação. Não há lógica em manter duas normas de igual hierarquia tratando do mesmo objeto, mas conferindo tratamento completamente diferente.

O art. 75, incs. I e II, da Lei nº 14.133/2021, vem regular inteiramente a matéria de que tratam os incs. I e II da Lei nº 8.666/1993. Portanto, ainda que o art. 193, inc. II, expressamente admita que a Lei nº 8.666/1993 não fora revogada em sua integralidade, a regra de supra direito prevista no § 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), permite inferir que houve implicitamente a revogação dos incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993. A revogação tácita ocorre quando as normas da lei posterior se apresentam incompatíveis com as normas da lei anterior.

Trata-se de leis de mesma hierarquia normativa, mesma fonte legislativa, que versa sobre a mesma matéria, mas que se utiliza de critérios completamente diferentes e conflitantes, como no caso da definição de valores diferenciados para contratações diretas para os mesmos objetos (seja para obras e serviços de engenharia, seja para compras e outros serviços).

A engenharia legislativa criada a partir da Lei nº 14.133/2021 com a manutenção de dois regimes jurídicos de licitações e contratações mais atrapalha que ajuda os gestores e os órgãos de controle, sendo ineficiente portanto a escolha do legislador. Esse modelo, ainda que tenha uma boa intenção, qual seja, conferir um tempo maior para que a Administração se organize para implementar a nova lei, poderia ser resolvido prevendo-se um tempo de *vacatio legis*. Ao optar pela manutenção de dois regimes tratando do mesmo tema (licitações e contratos), o legislador incidiu em um vício de inconstitucionalidade, pois manteve vigente regras que se apresentam contrárias aos princípios que regem a Administração Pública.

A Constituição Federal estabelece que a Administração Pública deve atuar em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A Lei nº 14.133/2021 igualmente trouxe, ainda que desnecessariamente, visto que o texto constitucional já se aplica a todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública, o princípio da eficiência para as licitações.

Ora, não atende ao princípio da eficiência a possibilidade de se admitir que a lei autorize o gestor a realizar uma licitação para a contratação de uma obra pública ou de um serviço de engenharia cujo valor seja estimado em até 100 mil reais, por exemplo, por meio da modalidade de convite, quando adote como fundamento a Lei nº 8.666/1993, modalidade esta que leva em média 54 dias para ser concluída, e, ao mesmo tempo, permita que o gestor decida por contratar diretamente essa mesma obra ou serviço de engenharia, utilizando-se de um procedimento que levaria em média 6 dias para ser concluído, caso opte pela Lei nº 14.133/2021. Essa simples constatação já impediria o gestor de

decidir pela aplicação das regras de contratação direta dos incs. I e II da Lei nº 8.666/1993.

O princípio da eficiência em termos de licitação tem a ver com a obtenção do resultado esperado, em um menor tempo possível e no menor custo para a sociedade. Portanto, alinha-se com o pensamento do professor Joel de Menezes Niebuhr (2008, p. 33) quando leciona que “a eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”.

De nada vale uma licitação ser realizada em curto espaço de tempo, pelo menor preço, se o contrato futuro não trouxer qualquer benefício para a sociedade. Há de se conhecer não só o custo do objeto que se pretende contratar, mas também o custo de um procedimento licitatório, incluindo seu tempo de duração.

A análise econômica do direito licitador deveria ser objeto de estudo pelo legislador, principalmente quando da definição de modalidades baseadas em valores, a exemplo das dispensas de licitações em razão do valor (art. 75, incs. I e II).

Ademais, o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal admite que o legislador possa estabelecer casos especificados na legislação em que a contratação de obras, serviços, compras e alienações possam ser contratados sem o devido processo de licitação pública. Contudo, não admite que o legislador possa estabelecer critérios tão diferenciados para as mesmas hipóteses, sobretudo, quando a escolha do modelo antigo se mostrar ineficiente em relação ao novo modelo.

A situação criada com a Lei nº 14.133/2021 em manter temporariamente em vigor dois regimes licitatórios e de contratação pública naquilo que é disciplinado de modo divergente e menos eficiente ofende a Constituição e a própria Lei nº 14.133/2021, pois não se pode admitir que a Administração Pública possa se utilizar de instrumento legal menos eficiente, menos igualitário, menos impessoal, menos transparente, para realizar suas contratações.

Portanto, para que não haja inconstitucionalidade e/ou ilegalidade vislumbradas, há de se considerar que, nos aspectos em que a nova disciplina, em especial nas contratações diretas em relação aos valores de que tratam os incs. I e II da Lei nº 14.133/2021, tem-se que, na prática, na nova lei tornou inaplicável a dispensa de licitação prevista no art. 24, incs. I e II, da Lei nº 8.666/1993. Logo, entendemos que, ou para dispensas de licitações de que trata a Lei nº 8.666/1993 igualmente devem ser aplicados os valores previstos na Lei nº 14.133/2021, ou tornou-se inviável sua aplicação, não podendo o gestor optar pela sua utilização, ainda que o art. 191 da Lei nº 14.133/2021 confira ao administrador a opção de escolha. Não se trata simplesmente de o gestor optar por regime ou outro, conforme preconiza o art. 191 da Lei nº 14.133/2021, pois há situações em que a escolha do regime anterior atentará contra a eficiência requerida da Administração no que se refere aos seus processos de governança, de seleção e de contratação. Entre o eficiente e o ineficiente, não cabe opção de escolha, pois incide a regra superior, a regra constitucional, que manda a atuação eficiente da Administração Pública.

O fato de a Lei nº 14.133/2021 não ter revogado inteiramente a Lei nº 8.666/1993 quando de sua entrada em vigor não afasta a possibilidade de esta ter inviabilizado, na prática, a aplicação do modelo anterior em pontos específicos que se mostrem incompatíveis com o novo modelo de licitação e contratação. E a aplicação da Lei nº 14.133/2021 às licitações realizadas com fundamento na Lei nº 8.666/1993 não se limitam a esse ponto. Por exemplo, os princípios descritos no art. 5º, as regras que exigem o planejamento e a governança previstas no art. 11 e as regras de controle previstas nos arts. 169 a 173 igualmente se aplicam às licitações realizadas com base da Lei nº 8.666/1993, entre outras, o que evidencia a aplicação imediata da nova lei, inclusive sobre aspectos tratados na lei anterior.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, a nova lei, com seus valores mais elevados, demonstra ser mais eficiente para o resultado prático da contratação, considerando, ainda, que os incs. I e II e o § 3º do art. 75 da Lei nº 14.133/2021 privilegiam a aplicação dos princípios da igualdade, da competitividade e da economicidade (relação custo processual-benefício da contratação) quando comparados às regras das contratações diretas previstas nos incs. I e II da Lei nº 8.666/1993, que se mostram ineficientes e incompatíveis com a nova disciplina legal, e, ainda que o art. 193, inc. II, da Lei nº 14.133/2021

disponha que a Lei nº 8.666/1993 será inteiramente revogada após decorridos 2 anos da publicação da Lei nº 14.133/2021, ocorrida em 1º de abril de 2021, entendemos que, na prática, não é possível ao gestor optar pelo modelo ineficiente de contratação direta previsto nos incs. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Portal da Transparência. *Visão geral das licitações com contratação no ano. 2018*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2018>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Portal da Transparência. *Visão geral das licitações com contratação no ano. 2019*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2019>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Portal da Transparência. *Visão geral das licitações com contratação no ano. 2020*. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2020>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Portal da Transparência. *Visão geral dos licitantes entre os anos de 2013 a 2021*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes>. Acesso em: 23 jun. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

Como citar este texto:

NUNES, Sandro Luiz. Inaplicabilidade do art. 24, incs. I e II, da Lei nº 8.666/1993 em face da nova Lei de Licitações. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 jul. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.