

Coordenadores  
Rafael Carvalho Rezende Oliveira  
Thaís Marçal

# ESTUDOS SOBRE A LEI 14.133/2021

## Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

|   |                                       |
|---|---------------------------------------|
| Alexandra Fuchs de Araújo               | Jessé Torres Pereira Junior           |
| Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho | Leila Cuéllar                         |
| André Luiz dos Santos Nakamura          | Luciana Guedes Vieira                 |
| Christianne de Carvalho Stroppa         | Luiz Felipe Hadlich Miguel            |
| Cristiano Borges Castilhos              | Márcio Monteiro Reis                  |
| Egon Bockmann Moreira                   | Marinês Restelatto Dotti              |
| Erick Halpern                           | Rafael Carvalho Rezende Oliveira      |
| Flávio Amaral Garcia                    | Rodrigo Loureiro                      |
| Gabriela Verona Pércio                  | Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas |
| Gustavo da Rocha Schmidt                | Rodrigo Zambão                        |
| Humberto E. C. Mota Filho               | Thaís Marçal                          |
| Igor Sant'Anna Tamasauskas              | Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho    |

2021

---

# 6

---

## **DOIS ASPECTOS IMPORTANTES DA LEI 14.133/21: REGULAMENTAÇÃO E CONVIVÊNCIA DOS SISTEMAS**

*Flávio Amaral Garcia*

*Rodrigo Zambão*

Se engana quem pensa que a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas – Lei 14.133/21 – não inovou em relação ao regime jurídico atualmente vigente. A despeito de não ser disruptiva como se poderia esperar e, em certa medida, ter sido estruturada a partir das categorias jurídicas tradicionais e conhecidas do operador do Direito (Lei 8.666/93, Pregão, Regime Diferenciado de Contratação), várias são as inovações introduzidas que demandarão complexos desafios hermenêuticos para a sua correta aplicação.

Duas inovações merecem especial atenção, em razão dos efeitos imediatos causados, notadamente quanto a estruturas administrativas de Estados e Municípios.

Referimo-nos à necessidade de edição de decretos regulamentadores e ao direito intertemporal, temas disciplinados no Capítulo III, no qual encontram-se previstas disposições transitórias.

Analisaremos cada um dos temas em tópicos específicos, iniciando pela relação entre a futura nova lei de licitações e o poder regulamentar da Administração Pública.

## **1. A LEI Nº 14.133/21 E A FUNÇÃO REGULAMENTAR**

A Lei 14.133/21 é um diploma legal maximalista e analítico. Pretende resolver problemas do passado, incorporando entendimentos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União ou, ainda, positivando regras de densidade normativa inferior, principalmente das Instruções Normativas federais. Em paralelo, entretanto, delegou significativos espaços para a edição de regulamentos que, seguramente, serão indispensáveis para a correta aplicação da lei.

Uma regra relevante é a que vem estampada no art. 187 da Lei nº 14.133/30, estabelecendo que Estados, Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução da lei.

Não vislumbramos violação ao princípio federativo no preceito. E isso por dois motivos específicos.

Em primeiro lugar, por se tratar de mera autorização, inserida no âmbito da competência legislativa da União para edição de normas gerais na matéria. Tem-se aqui possivelmente a figura do decreto federal de normas gerais, a ser validamente aplicado pelos demais entes federativos no exercício da sua autonomia. Não é cogente. Caberá a cada ente decidir se adere ou não ao regulamento federal.

Em segundo lugar, por ser possivelmente medida de eficiência em estruturas federativas sem a adequada capacidade institucional para editar

regulamentos em matéria de licitações. No caso, um pequeno município poderá fazer uso de ato normativo editado por corpo técnico mais familiarizado com o novo diploma legislativo e com mais expertise na matéria.

Há, no entanto, dois riscos decorrentes da previsão legal.

O primeiro risco identificado é o de excessiva centralização decisória na União. A utilização de atos normativos editados em âmbito federal deixará os entes aderentes integralmente submetidos – e sem qualquer grau de influência – a decisões oriundas de estrutura federativa diversa, merecendo destaque, ainda, que o processo de modificação de atos normativos infralegais não conta com os mesmos obstáculos e quóruns típicos do processo legislativo tradicional, o que pode gerar instabilidade e imprevisibilidade para os entes federativos.

O segundo risco reside na (natural e involuntária) indiferença dos atos normativos federais às peculiaridades de cada ente federativo, com duas potenciais consequências: (i) a excessiva generalização da disciplina infralegal, o que não é desejado, já que o objetivo do poder regulamentar também envolve dar maior concretude à lei; e (ii) a ineficiência do ato normativo frente à “identidade” de cada ente federativo subnacional, que provavelmente possui necessidades e objetivos diversos da União.

Caberá, portanto, a cada ente federativo avaliar e sopesar as vantagens e desvantagens em aderir à regulamentação federal. Trata-se de decisão que não deve ser voluntarista ou subjetiva, mas amparada em estudos das respectivas áreas técnicas que possam orientar a decisão política em seguir ou não a norma federal.

No rigor do exame, o artigo 187 acaba tratando da atividade regulamentar com certa dose de realidade, já que, não raro, decretos editados por Estados e Municípios revelam simples cópias acríticas de normativos editados pela União. O melhor cenário possível é o desenvolvimento e o aperfeiçoamento institucional de entes federativos, de modo a viabilizar eficiente regulamentação da futura nova lei, atenta à realidade de cada

estrutura, ainda que com a utilização de diretrizes e preceitos elaborados pela União.

O art. 188 da Lei 14.133/21, por sua vez, trazia a previsão no sentido de que ao regulamentar o disposto na lei, os entes federativos editariam, preferencialmente, apenas um ato normativo. O dispositivo foi vetado pelo Chefe do Poder Executivo por se entender que a norma encerrava vício de inconstitucionalidade formal, nos termos do parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, no que estabelece caber à lei complementar dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Isso porque, inicialmente, trazia regra de preferência, o que, ao fim e ao cabo, retirava do preceito qualquer vinculação estrita do Chefe do Poder Executivo. E nem poderia ser diferente, considerado o princípio da separação de poderes.

No mais, ainda que se eventualmente se estivesse diante de regra verdadeiramente cogente, o dispositivo jamais poderia pretender abranger Estados e Municípios, sob pena de afronta ao princípio federativo. A atividade regulamentar do Chefe do Poder Executivo é matéria típica de autonomia federativa, além de estar inserida no núcleo do conceito de reserva de administração.

A forma de regulamentação de um diploma legislativo, observado o quadro legalmente definido no campo material, envolve decisão tipicamente administrativa, com repercussões federativas que não podem ser condicionadas pela União, mesmo que no contexto da sua competência para edição de normas gerais.

Ainda que se possa considerar que a edição de um único decreto regulamentador revele um “estado ideal de coisas a ser alcançado”, não caberia ao legislador nacional fixar tal exigência como diretriz a ser observada pelo Chefe do Poder Executivo dos demais entes federativos. Conforme já apontado, o veto ao art. 188 da Lei n. 14.133/21 foi medida necessária.

Mas o que sobra para o regulamento no âmbito da futura nova lei de licitações? Sobra bastante coisa. Em pesquisa superficial e, portanto, não exaustiva, é possível identificar que o regulamento será indispensável para concretizar os seguintes aspectos da Lei 14.133/21:

- a. regras relativas à atuação do agente de contratação e equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos (art. 8 § 3º);
- b. elaboração do plano de contratação anual (art. 12, VII);
- c. disciplina do catálogo eletrônico de padronização (art. 19, § 1º);
- d. fixação dos limites para enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo (art. 20, § 1º);
- e. fixação de critérios para definição do valor estimado da contratação com base no melhor preço na aquisição de bens e serviços em geral, contratação de obras e serviços de engenharia (art. 23, §§ 1º e 2º);
- f. definição das regras de integridade a serem observadas nas contratações de obras, serviços e fornecimento de grande vulto (art. 25 § 4º);
- g. previsão de percentuais mínimos para mão de obra oriunda de mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional (art. 25, § 9º);
- h. fixação de critérios e percentuais para margem de preferência de bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis e, ainda, para bens e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País (art. 26, II, § 2º);
- i. definição de “procedimentos operacionais” da modalidade leilão, que poderá ser cometida a leiloeiro

- oficial ou a servidor designado pela autoridade superior (art. 31);
- j. indicação dos elementos a serem considerados na indicação do menor dispêndio para Administração Pública, como custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição e impacto ambiental do objeto licitado (art. 34, § 1º);
  - k. delimitação do conceito de “desempenho pretérito” na execução de contratos, a ser considerado na pontuação técnica do licitante (art. 36, § 3º);
  - l. definição de gestão estratégica de contratação de soluções baseadas em software de uso disseminado (art. 43, § 2º);
  - m. definição, como critério de desempate, do desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (art. 60, III);
  - n. definição de agente responsável pela negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado (art. 61, § 2º);
  - o. autorização e disciplina para a habilitação de licitantes por meio de processo eletrônico de comunicação à distância (art. 65 § 2º);
  - p. admissão de prova alternativa dos requisitos de qualificação técnica-profissional e técnica-operacional (art. 67, § 3º);
  - q. admissão de documentos de habilitação de empresas estrangeiras (art. 70, parágrafo único);
  - r. definição de critérios claros e objetivos para reger procedimentos auxiliares (art. 78, § 1º);
  - s. definição dos procedimentos de credenciamento (art. 79, parágrafo único);
  - t. detalhamento do procedimento de manifestação de interesse (art. 81, caput);

- u. definição de procedimentos de sistema de registro de preços (art. 82, § 5º, II, e § 6º; e art. 86);
- v. definição da forma de utilização de sistema de registro cadastral (art. 87, caput e §3º e art. 88 §5º);
- w. determinação de exigências para contratos e termos aditivos serem celebrados de forma eletrônica (art. 91, § 3º);
- x. definição de requisitos para formalização de cláusula de modelo de gestão de contratos (art. 92, XVIII);
- y. fixação de condições para subcontratações de partes da obra, do serviço ou do fornecimento, na execução do contrato, bem como restrições e vedações a subcontratações (art. 122, § 2º);
- z. forma de aplicação de sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa (art. 155, § 6º, II);
- aa. definição de práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação (art. 169, caput e § 1º);
- bb. definição do funcionamento do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), seja para estabelecer a forma com que serão prestadas informações e esclarecimentos pertinentes à população (art. 174, § 3º, c), seja para definir a divulgação de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas (art. 174, § 3º, d);
- cc. previsão de contratações que poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, desde que integrado com o PNCP (art. 175, § 1º);

dd. definição da forma de aplicação das disposições da Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública (art. 184, caput).

Enfim, não foram poucas as vezes que o legislador fez expressa referência ao regulamento como mecanismo destinado a dar concretude a preceitos da lei, de modo que há significativo espaço decisório ao Chefe do Poder Executivo em diversos e relevantes aspectos do diploma legislativo.

O desafio será identificar em cada uma das situações acima descritas quando o regulamento deverá ser uniformizado, por estar densificando uma norma geral e quando o regulamento deverá ser editado para fixar as diretrizes de cada ente no exercício das suas respectivas autonomias.

Oportuno lembrar, ainda, que não é apenas nos casos expressamente autorizados que o poder regulamentar pode ser exercido. Desde que respeitado o quadro legislativo existente, e, para Estados e Municípios, o campo reservado a normas gerais da União, é possível admitir uma expansão do poder regulamentar para além dos casos diretamente previstos em lei.

De todo modo, haverá um desafio institucional para o Poder Executivo, especialmente em Estados e Municípios, sobretudo quando se reconhece que a Lei nº 14.133/21 foi editada em “gabinetes federais” naturalmente descolados da realidade dos entes subnacionais.

É certo que haverá um custoso processo de adaptação e maturação relativamente ao futuro diploma legislativo, o que engloba a edição de atos normativos infralegais destinados não só a atender expressas exigências de regulamento presentes em preceitos específicos, mas também a promover uma necessária adaptação da lei à realidade de Estados e Municípios, observados, como não poderia deixar de ser, os limites materiais existentes.

## 2. A LEI Nº 14.133/21 E O DIREITO INTERTEMPORAL

O direito intertemporal, com a previsão de revogação diferida em 2 (dois) anos de preceitos da Lei nº 8.666/93, da Lei do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratação será um relevante instrumento para permitir a necessária preparação institucional de estruturas administrativas Brasil à fora.

O art. 190 preceitua que o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor da nova lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Trata-se de simples aplicação da dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica, como mecanismo de tutela do ato jurídico perfeito (irretroatividade da lei), consoante previsão constitucional expressa (art. 5º, XXXV da CRFB).

Em outros termos: o contrato celebrado anteriormente à vigência do novo diploma legislativo garante uma ultratividade da lei revogada, até a sua efetiva extinção, considerada, ainda, as hipóteses contratualmente previstas de prorrogação.

Ocorre que a Lei 14.133/21 prevê outras regras de direito intertemporal que produzirão complexidades hermenêuticas para a sua aplicação.

Não obstante o art. 194 prescreva que a lei entra em vigor na data da sua publicação, o art. 193 introduz duas regras complementares específicas:

- a. revogação imediata dos arts. 89 a 98 da Lei nº 8.666/93, que disciplinam crimes e penas, além dos correspondentes processo e procedimento judicial;
- b. revogação diferida da Lei n. 8.666/93 (ressalvadas as hipóteses acima), da Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratação), após decorridos 2 (dois) anos da publicação da nova lei;

A regra de revogação diferida é a que comporta maiores dúvidas. Os 2 (dois) anos equivalem a um período de *vacatio legis*? Durante o período de diferimento é possível aplicar a Lei 14.133/21? Se a resposta for positiva, como aplicar a nova lei durante o período de coexistência com os diplomas legislativos futuramente revogados?

A primeira indagação não tem resposta simples e objetiva. Isso porque, conforme acima destacado, embora determine a vigência na data da publicação, estabelece uma revogação diferida das leis disciplinadoras das licitações e contratos no país.

Ou seja: o critério de revogação diferida permitiria a coexistência de diversas normas gerais de licitações e contratos pelo período de dois anos. A finalidade do legislador foi admitir expressamente a convivência entre os dois sistemas, circunstância que nos leva à segunda indagação formulada.

A literalidade do artigo 191 sugere que a decisão por aplicar a Lei 14.133/21 ou a Lei 8.666/93, Lei 10.520/02 e os artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/11 (RDC) é casuística. Em cada licitação ou contratação direta estaria o gestor autorizado a fazer uma escolha do regime jurídico a ser utilizado.

Não obstante autorizado expressamente pelo artigo 191 da Lei 14.133/21, parece longe do ideal admitir a aplicação de distintos regimes jurídicos de forma fragmentada no âmbito de uma mesma estrutura administrativa, como, por exemplo, na possibilidade de secretarias distintas aplicando um ou outro regime a partir de uma avaliação pontual e excessivamente discricionária.

Ou, por exemplo, admitir que se promova as contratações em razão da dispensa de valor com fundamento nos incisos I e II do artigo 75 da Lei 14.133/91 em razão da expansão dos limites para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras. Em tese