



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO

PARECER

Assessoria Técnico-Jurídica

Parecer Jurídico n. 0533/DMP/2021

Origem: Núcleo de Inteligência e Segurança Institucional - NIS

Interessada: Diretoria de Engenharia e Arquitetura - DEA

Interessada: Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI

Interessadas: Unidades Demandantes e Requisitantes do PJSC

Assunto: Planejamento da contratação. Solução de videomonitoramento para o Poder Judiciário de Santa Catarina. Análise acerca da viabilidade jurídica de aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021). Complementação das exigências legais para aderência à Lei n. 14.133/2021. Efeito para todas as contratações realizadas com fulcro na Lei n. 14.133/21.

Senhora Diretora:

Cuida-se de reanálise acerca da viabilidade jurídica de aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), no âmbito do processo de contratação de solução de videomonitoramento para o Poder Judiciário de Santa Catarina, incluindo as três fases: planejamento, seleção do fornecedor e execução contratual.

Cuida-se, ainda, da aplicação do mesmo entendimento para toda e qualquer contratação havida pelo Poder Judiciário acerca da implementação da nova lei de licitações e contratos.

1 REGRAS DE TRANSIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE *VACATIO LEGIS*

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 191, prevê que ela entrará em vigor na data de sua publicação, estabelecendo-se com isso sua imediata eficácia e se afastando a regra geral do prazo de *vacatio legis* da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Inovando com o propósito de conferir ao administrador público um período de testes para melhor aplicação da novel Lei n. 14.133/2021, instituiu-se um regime de transição e convivência em face do arcabouço normativo da Lei n. 8.666/1993, admitindo-se por um prazo de dois anos a escolha da norma de base para todo processo de contratação, desde o seu planejamento:

Vejamos a redação dos arts. 191 e 193 da Lei n. 14.133/2021:

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 nas previstas durante toda a sua vigência.

[...]

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Portanto, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos têm aplicabilidade imediata, bastando que a opção entre a aplicação das leis mencionadas no inciso II do art. 193 ou o regime da Lei nº 14.133/2021 seja indicada expressamente no edital, conforme exigência constante na parte final do artigo 191, caput.

A expressa previsão em edital indicando qual regime será adotado pressupõe que todo o processo de contratação, desde seu nascedouro, ou seja, desde a formalização da demanda, seja regido pela norma escolhida pelo administrador público. Devem estar perfectibilizados todos os requisitos de uma ou de outra norma, para não eivar de vícios o processo de contratação.

Sublinha-se que não é possível a aplicação combinada da Lei n. 14.133/2021 com a Lei n. 8.666/1993 e a Lei n. 10.520/2002, devendo ser obedecidos, na totalidade, os ditames de cada legislação. No caso de opção por aplicar a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Administração deverá ter cuidado redobrado para não reproduzir, por conta de procedimentos consolidados na prática administrativa, atos ou procedimentos alheios ao novo diploma licitatório.

No caso em análise, é possível concluir pela viabilidade de aplicação da Lei n. 14.133/21, desde que os requisitos nela previstos e que diferem da Lei n. 8.666/1993 ou inovam quanto a determinada exigência sejam cumpridos em sua integralidade, ainda que revistos determinados atos ou documentos, já que se pretende a adoção do regime que melhor atenderá ao interesse público e que, neste caso, demonstra-se adequada a aplicação da Lei n. 14.133/2021.

2 REGULAMENTAÇÃO

A Lei n. 14.133/2021 contém dispositivos que remetem à edição de regulamento, sendo de se destacar a diferenciação realizada em alguns casos, em que é feita a referência específica a “*regulamento emitido pelo Poder Executivo Federal*” (por exemplo, artigo 70, parágrafo único), a indicar que, nos demais casos, trata-se de regramento específico de cada ente federado.

Feitas essas ressalvas, também merece registro a previsão do artigo 187, que autoriza os Estados a aplicarem os regulamentos editados pela União para execução da Lei n. 14.133/2021, o que poderá ser útil em situações de ausência de regulamentação local específica.

Assim, é possível serem enumeradas as seguintes situações que poderiam ensejar o entendimento quanto à necessidade de regulamentação:

1) Normas de Gestão de Riscos e Gestão por Competências (arts. 7º, 11 e 169)

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

[...]

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

[...]

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

Nesse tópico, verifica-se que esta Administração já conta com a nomeação de um gerente de riscos, sempre que necessário (a depender da natureza da contratação), além de os servidores designados para as Comissões de Licitação e para Pregoeiros terem necessariamente os cursos necessários para atuarem com segurança na função.

O mapeamento e tratamento dos riscos do macroprocesso da contratação também já foi implementado pelo PJSC e consta do seguinte link: <https://www.tjsc.jus.br/web/licitacoes-contratos-e-patrimonio/programas/gestao-de-riscos>. Atualmente todas as contratações do PJSC se submetem a este Mapa de Riscos do Macroprocesso de Contratação Pública, donde resultaram instrumentos de controle, mitigação e contingenciamento de riscos.

Além disso, com transparência os procedimentos licitatórios ficam dispostos em sítios governamentais (Pregão) e gravados em canal do YouTube (modalidades da Lei n. 8.666/1993).

A Advocacia-Geral da União se posicionou pela desnecessidade de regulamentação específica:

71. Não se trata, neste ponto, propriamente, de condicionamento em razão de regulamento, mas, sim, pela efetiva implementação das medidas de gestão de riscos e de gestão por competências elencadas acima.

72. Ainda que se possa argumentar tratar-se de uma diferenciação singela, entende-se que os artigos supracitados, na medida em que incidem sobre todos os órgãos ou entidades contratantes, possuem um grau de obrigatoriedade maior do que o próprio art. 19, o qual pode ser visto, com limites, como tendo, possivelmente, algum caráter programático.

73. Ademais, são premissas essenciais da Lei nº 14.133/21 a segregação de funções (art. 5º) e a governança, de modo que as medidas para a sua implementação não são meramente indicativas de competência – tem-se que existente, ínsita, uma recomendação de seu uso. Havendo normatização ou instituição de regras de gestão de riscos ou gestão por competências, elas devem ser seguidas – não as havendo, devem ser elaboradas, preferencialmente antes de qualquer contratação.

74. Entretanto, essa recomendação, quanto a estes artigos, não chega a representar uma limitação,

propriamente, ao poder de contratar sem a devida implementação de tais medidas. Não se espera, necessariamente, que qualquer mecanismo adequado de gestão se mostre perfeito sem períodos de testagem, que podem, muitas vezes, ser até alongados ou intensos [24]. Por fim, há de se ressaltar que providências de caráter emergencial ou de grande relevância poderão ultrapassar a barreira da conveniência quanto à prévia elaboração da gestão de riscos e exigir pronto atendimento, o que não pode ser desconsiderado [25].

75. A Lei nº 8.666/93, mesmo não exigindo o mesmo rigor em termos de governança, possui riscos assemelhados aos da nova legislação, de modo que contratar pela lei antiga ou pela lei nova sem tais medidas pode vir a representar um grau de ameaça equivalente. Entretanto, a diferença significativa é que o órgão contratante possuirá quase 3 décadas de experiência agregada com a Lei nº 8.666/93, o que não ocorre com a nova legislação, de modo que pode ser oportuno, salvo melhor juízo e nos termos da BPC nº 7 [26], que somente se “vire a chave” após adequada preparação e capacitação internas, utilizando-se, para tal fim, se for o caso, do prazo de 2 anos dado pelo art. 191 da nova lei.

76. Entende-se, portanto, que a recomendação, quanto a estes artigos, é de que a autoridade em questão priorize a adaptação de seus procedimentos internos e que trabalhe a capacitação e a gestão por competências com base na nova Lei, antes de passar a utilizá-la plenamente, sem prejuízo de poder contratar utilizando-a como fundamento, em havendo razões para tanto (Disponível: <https://inovcapacitacao.com.br/wp-content/uploads/2021/06/PARECER-2-2021-CNMLC-CGU-AGU.pdf>. Acesso: 16 jul.2021).

Esse tópico, portanto, está devidamente coberto pelas práticas e disposições atualmente adotadas por esta Administração.

2) Regras de atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos, devendo ser prevista a possibilidade de que contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto na nova Lei de Licitações (artigo 8º, § 3º);

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no [art. 7º desta Lei](#), o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

Nesse aspecto, considera-se que as Resoluções n. 28/2004-GP e 11/2013-GP delineiam suficientemente a atuação desses atores.

Nada obstante, considera-se que estão bem definidas as funções no próprio texto legal da Lei n. 14.133/21: “tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”.

Essas funções, diga-se, pouco alteraram sob a égide do novo arcabouço normativo.

As lições de Marçal Justen Filho são nessa toada:

2.4) A disciplina em atos regulamentares ou regimentais

É desejável que a disciplina da constituição e do funcionamento das comissões de licitação esteja prevista em atos normativos gerais, de cunho regulamentar (administração direta) ou regimental (administração indireta). Nada impede, no entanto, a edição de atos administrativos específicos dispondo sobre o assunto (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO I. DISPOSIÇÕES PRELIMINARES, CAPÍTULO IV. DOS AGENTES PÚBLICOS, Art. 8º. Page RL-1.5. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.5>. Acesso: 16 jul. 2021).

No Plano de Contratações Anual consta a indicação do agente de contratação, este que, caso se opte pela implementação da Lei n. 14.133/21, terá a atribuição de um “gerente de projetos”, como bem coloca o texto legal. Será o responsável pelo acompanhamento de todo o processo de contratação, até a efetiva contratação. Em contratações diretas, o agente de contratação será um servidor da Seção de Aquisição Direta; já nas contratações de modalidades, será o Pregoeiro responsável ou a Comissão de Licitação, enfatizando-se que além de impulsionar o processo serão responsáveis, ainda, pela condução da fase de seleção do fornecedor e terão total apoio, como hoje já têm, da Assessoria da DMP para a tomada de decisões, nos exatos termos dos parágrafos do artigo 8º da Lei n. 14.133/21.

As atividades dos agentes de contratação, em resumo, caracterizam-se no tratamento de cada contratação como um projeto distinto, demandando interações e impulsionamento por estes agentes logo após a oficialização da necessidade pública e sua aprovação pela Administração no Plano de Contratações Anual até a homologação do resultado da contratação.

3) Catálogo eletrônico de padronização e modelos de minutas (artigo 19, II e IV, e § 1º);

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

§ 1º O catálogo referido no inciso II do **caput** deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

§ 2º A não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do caput ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do caput deste artigo deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.

Denota-se do texto legal que a instituição do catálogo eletrônico e dos modelos de editais e contratos não é indispensável para a eficácia da nova Lei.

Esse aspecto foi abordado pela AGU:

65. A discussão que se apresentou, e que ora se pretende abordar, centra-se na eventual necessidade de que sejam elaborados alguns ou todos os atos listados acima para que possíveis as respectivas contratações. Os debates, normalmente, focam nos incisos II (catálogos padronizados) e IV (modelos de documentos para a contratação), sendo este último particularmente caro a esta CNMLC, em razão de suas atribuições institucionais dentro da AGU. Entretanto, tem-se que a conclusão relativa a um dos incisos tende a se esparrair

aos demais, em menor ou maior medida.

66. O ponto não diz respeito à eventual obrigatoriedade de uso das medidas previstas no art. 19, sendo os modelos apenas um exemplo. Presume-se que o ato que institua cada um venha a regular a sua forma de utilização, tal como ocorre com os arts. 29 e 35 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017. Apenas se ausente tal previsão é que caberia alguma discussão, de modo que se revela prematuro debater esse ponto especificamente.

67. De qualquer sorte, o art. 19, muito embora possa vir a trazer instrumentos de governança que tenham, potencialmente, alta relevância para as contratações públicas, reveste-se, materialmente, da natureza de uma norma de competência. Vale dizer, o art. 19 limita-se a dar competência aos "órgãos da Administração com competências regulamentares" de proceder às medidas previstas no dispositivo (e, no caso do inciso IV, em ação concertada com a Advocacia Pública e o Controle Interno). Não se extrai unicamente desse dispositivo qualquer efeito jurídico para a ausência de tais instrumentos - sem prejuízo de que, no entender do órgão normatizador ou do próprio contratante, eventualmente, opte-se por aguardar uns ou outros, utilizando-se a Lei nº 8.666/93 enquanto isso.

68. Vale salientar que, na medida em que o §2º permite a não utilização do catálogo eletrônico e dos modelos, justificadamente, abre-se caminho para a interpretação que permita a plena contratação a despeito da inexistência de tais instrumentos, já que essa circunstância pode ser, ela própria, a justificativa em questão. Em outras palavras, justifica-se o não uso de modelos por não existirem e prossegue-se com a contratação nos termos do art. 19, §2º. 69. Desse modo, tem-se que a ausência de quaisquer dos instrumentos previstos no art. 19, incluindo modelos de documento ou catálogos padronizados, não afetam ou prejudicam a realização de contratação, ressalvada a possibilidade de determinação de se aguardar por sua elaboração, desde que emanada de autoridade competente ((Disponível: <https://inovecapacitacao.com.br/wp-content/uploads/2021/06/PARECER-2-2021-CNMLC-CGU-AGU.pdf>. Acesso: 16 jul.2021).

Ainda assim, enfatiza-se que o PJSC se utiliza, há muitos anos, de minutas padronizadas de estudos preliminares, projetos básicos, editais e contratos, estas que estão sendo revistas pela Assessoria da DMP para o fim de contemplarem todas as previsões da nova lei que, ainda que não regulamentadas, podem ser aplicadas em processos de contratação fundados na Lei n. 14.133/21.

Para verificar a forma de atendimento à previsão legal ante a ausência de regulamentação, é mister trazer a lume a finalidade da padronização que estaria refletida no catálogo eletrônico de padronização, nas palavras de Marçal Justen Filho:

4.2) Duas figuras jurídicas distintas

O dispositivo examinado trata do catálogo eletrônico de padronização. Já o art. 43 da Lei 14.133/2021 disciplina o processo de padronização propriamente dito.

Deve-se reputar que existem duas figuras jurídicas distintas e inconfundíveis, ainda que eventualmente complementares.

A padronização prevista no art. 43 consiste numa solução formal destinada a impor compulsoriamente a uniformização quanto a objetos a serem contratados futuramente pela Administração.

Já o catálogo eletrônico envolve a documentação das escolhas preferenciais no tocante à definição dos atributos dos objetos a serem contratados.

[...]

4.3) O catálogo eletrônico de padronização

Portanto, o catálogo eletrônico apresenta essa função de uniformização e simplificação de procedimentos administrativos, documentando as soluções reputadas como satisfatórias pela Administração, no tocante a especificações de bens, serviços e obras.

Presume-se que essa natureza sugestiva e orientadora da inclusão de especificações em catálogo eletrônico representará a maioria dos casos – eis que a padronização formal do art. 43 exige procedimento mais complexo e pode conduzir a resultados inadequados em certos casos concretos.

4.4) A simplificação procedimental

A implantação do catálogo eletrônico de padronização destina-se a agilizar e desburocratizar as atividades da Administração.

A descrição padronizada do objeto dispensará a necessidade de cada órgão ou entidade dispender tempo e esforços para tanto. Bastará reproduzir os dados disponíveis no catálogo, com grande economia de tempo e superação de discussões (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO II. DA FASE PREPARATÓRIA, Seção I.

Da Instrução do Processo Licitatório, Art. 19, Page RL-1.7. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.7>. Acesso: 16 jul. 2021).

A adoção, por esta Administração, do Sistema de Registro de Preços Permanente já indica a visão do Poder Judiciário de Santa Catarina na desburocratização dos processos de contratação de bens, aproveitando-se a fase interna da contratação inicial (simplificação dos procedimentos administrativos) por meio da uniformização dos objetos a serem contratados. Já são 5 procedimentos em fase externa adotando este modo de contratação, donde se retira a padronização dos objetos licitados, estes que não demandarão de nova instrução de processo de contratação, com nova especificação.

Assim sendo, ainda que não lançado oficialmente o catálogo eletrônico de objetos do PJSC, vê-se que a regulamentação deste instrumento pode ser aguardada e não é impeditivo da aplicação da nova lei, considerando que a publicidade aos objetos licitados anualmente é garantida por meio do Plano Anual de Contratações, donde se retira a adoção do Sistema de Registro de Preços Permanente.

4) Definição de artigos de luxo (artigo 20, §§ 1º e 2º);

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

Considera-se que a edição de normativo a respeito do tema não pode ser tornar um impeditivo para contratações derivadas da Lei, uma vez que a luxuosidade de determinado bem deve ser aferida no caso em concreto, de acordo com as peculiaridades de cada ente administrativo e das necessidades públicas.

Dada a altíssima imprecisão do conceito, não se consegue visualizar qualquer cenário em que o mencionado dispositivo possa ser regulamentado na inteireza, mormente porque as normas detêm uma característica de abstração.

Isso foi bem abordado por Marçal Justen Filho:

4.2) Objeto de luxo: conceito jurídico indeterminado

A expressão “objeto de luxo” indica um conceito jurídico indeterminado. Existem alguns produtos que claramente são enquadráveis nessa categoria. Assim, há veículos de luxo, há alimentos e bebidas de luxo, que são assim qualificáveis em virtude da sua excepcionalidade, de atributos diferenciados que não são essenciais para a satisfação de necessidades e que são comercializados por valores vultosos.

Por outro lado, também é inquestionável que existem produtos que não se enquadram na categoria. São aqueles objetos que apresentam atributos mínimos, fabricados com insumos básicos, e cujo preço é acessível à generalidade da população.

No entanto, entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa quanto à configuração como “objeto de luxo” há uma área razoável de incerteza. Há uma grande quantidade de produtos cujo enquadramento é problemático.

[...]

6) A solução regulamentar (§ 1.º)

O § 1.º prevê a edição de regulamento para disciplinar a questão. É relevante destacar que o dispositivo prevê regulamentos diversos, a serem editados no âmbito dos diversos Poderes. Essa determinação reflete o reconhecimento da inviabilidade de o Poder Executivo imiscuir-se no âmbito dos demais Poderes. Cada Poder disporá da autonomia para disciplinar a questão no âmbito de suas competências, inclusive para preservar a autonomia indispensável à sua atuação.

Isso significa a viabilidade de soluções distintas no âmbito de cada Poder. As peculiaridades do desempenho das funções conduzirão à formulação de soluções específicas.

7) A limitação temporal (§ 2.º)

O dispositivo impõe a edição de regulamentos no prazo de 180 dias como requisito para a realização de contratações. Sem a edição do regulamento no referido prazo, incidirá vedação a novas contratações. Essa determinação precisa ser interpretada em termos. A ausência de regulamentação tempestiva poderá acarretar sanções diferenciadas, mas é problemático estabelecer uma proibição generalizada a novas contratações (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO II. DA FASE PREPARATÓRIA, Seção I. Da Instrução do Processo Licitatório, Art. 20, Page RL-1.7. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.7>. Acesso: 16 jul. 2021).

Assim, a adequação do objeto à necessidade pública é verificada no planejamento, onde consta a justificativa para todos os requisitos da contratação.

5) Valor estimado para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral (artigo 23, § 1º);

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Considera-se que o dispositivo em questão contém as principais norteadores da pesquisa de preços, que se demonstra bastante heterogênea conforme o objeto e o tipo de licitação, além das próprias e dinâmicas circunstâncias do mercado.

Esses os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

5) As regras para a estimativa de custo

Uma das tarefas fundamentais a serem enfrentadas na fase de preparação consiste na estimativa dos preços pertinentes à contratação cogitada. O tema foi objeto de manifestações reiteradas do TCU (e de leis orçamentária federais), em vista das dificuldades práticas enfrentadas pela Administração.

O art. 23 recepcionou as orientações prevalentes na jurisprudência do TCU, tornando obrigatória a sua observância pela generalidade da Administração Pública (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO II. DA FASE PREPARATÓRIA, Seção I. Da Instrução do Processo Licitatório, Art. 23, Page RL-1.7. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.7>. Acesso: 16 jul. 2021).

A regulamentação da forma de obtenção destes valores estimados pela Administração é objeto de Instrução Normativa da DMP (em fase de elaboração), da forma de obtenção dos preços de bens e serviços em geral.

2º);

6) Valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia (artigo 23, §

Art. 23.O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

[...]

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Os comentários do item 5 são pertinentes também para o caso.

7) Programa de integridade para contratações de grande vulto (artigo 25, § 4º);

Art. 25.O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

A definição de contratações de grande vulto está prevista no art. 6º, inciso XXII:

XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

Tendo em vista que a hipótese em questão não comporta contratação de grande vulto e que o PJSC nunca realizou contratações com estes valores, não há necessidade de análise percuciente da hipótese, sendo desnecessária, ao menos neste momento, a regulamentação desta previsão no âmbito do PJSC.

8) Percentuais mínimos da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação para vítimas de violência doméstica ou oriundos ou egressos do sistema prisional (artigo 25, § 9º);

Art. 25.O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

Inicialmente, é de se destacar que o dispositivo estabelece uma faculdade para a Administração, não uma obrigatoriedade.

Ainda nesse específico, o dispositivo foi alvo de duras críticas pela doutrina, dado o meio transversal de impor ao particular a resolução de problemas sociais:

15) A contratação de percentuais mínimos de mão de obra (§ 9.º)

O § 9.º consagra mais uma distorção que tem afetado a disciplina das contratações administrativas, infringindo a livre-iniciativa e comprometendo a eficiência da gestão dos recursos públicos e privados.

15.1) O conteúdo da regra

O dispositivo estabelece que caberia impor ao particular contratado pela Administração que contratasse mulheres vítimas de violência doméstica e oriundos ou egressos do sistema prisional.

15.2) As razões da crítica aos dispositivos

As críticas à determinação não envolvem oposição à adoção de medidas destinadas a assegurar e a recompor a dignidade e a sobrevivência de pessoas em situação de vulnerabilidade.

O problema reside na desnaturação da licitação e da contratação administrativa. Tais regras implicam atribuir a um particular, que atua com autonomia segundo os postulados da livre-iniciativa, o dever de incorporar em sua força de trabalho pessoas caracterizadas não por atributos pertinentes à execução da prestação, mas a infortúnios ocorridos no passado.

Essa solução infringe o art. 170 da CF/1988, ampliando os riscos de o particular contratar pessoa destituída das condições adequadas ao atendimento das determinações contratuais.

15.3) Os efeitos econômicos da determinação

Essas determinações afetam a eficiência econômica na prestação dos serviços por parte do particular. Implicam elevação de custos, inclusive em vista de riscos que são atribuídos compulsoriamente ao contratado.

Eventual vício na execução da prestação, imputável à atuação defeituosa dos empregados escolhidos pelo particular, será de responsabilidade dele.

A obrigatoriedade de contar com mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional importa a necessidade de o particular realizar processo de seleção diferenciado, que envolve dificuldades notáveis.

Em qualquer caso, é inquestionável a necessidade de fiscalização diferenciada: a afirmativa não envolve qualquer preconceito quanto à conduta do sujeito oriundo ou egresso do sistema prisional, mas o reconhecimento de sua situação de vulnerabilidade diferenciada.

Basta considerar que o crime organizado domina os estabelecimentos prisionais, sem que o Estado logre cumprir as próprias responsabilidades quanto a isso. É perfeitamente possível que uma “autoridade do crime organizado”, ao interno de um estabelecimento prisional, determine ao indivíduo contratado pelo particular a prática de uma conduta indevida. A violação à determinação coloca o sujeito em risco de morte. No entanto, os efeitos da prática desses atos reprováveis ao longo do contrato serão arcados pelo particular contratado pela Administração.

Ou seja, a Administração pretende impor ao particular um padrão de desempenho que nem ela própria, na titularidade de todas as suas prerrogativas estatais, consegue atingir.

Todos esses custos são precificados. Geram o desestímulo à participação nas licitações e elevam o preço cobrado pelos particulares. A Administração será constrangida a pagar mais para obter a prestação de que necessita, agravando os problemas de finanças públicas.

15.4) A transferência de responsabilidades estatais

Mais ainda, o Estado transfere ao particular responsabilidades que são tipicamente públicas. A recuperação do preso envolve uma complexa pluralidade de intervenções, cuja condução incumbe privativamente ao Estado.

É o Estado quem condena o sujeito a uma pena restritiva de liberdade e determina compulsoriamente a sua permanência num estabelecimento que, na maior parte dos casos, é incompatível com a sua recuperação.

As falhas e insuficiências na execução da pena, de exclusiva responsabilidade estatal, dificultam a recuperação do detento. A solução imposta pelo art. 25 implica a criação de uma responsabilidade insuportável para o empresário privado – que não dispõe de poderes jurídicos nem de mecanismos sociais para promover a efetiva recuperação social do preso.

Nesse cenário, seria até mais razoável a privatização integral do cumprimento da pena, atribuindo ao empresário o poder-dever de albergar o preso em local diverso de um presídio, fornecendo a ele condições de vida digna e de desempenho satisfatório na execução de contratos administrativos (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS

LICITAÇÕES, CAPÍTULO II. DA FASE PREPARATÓRIA, Seção I. Da Instrução do Processo Licitatório, Art. 25, Page RL-1.7. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.7>. Acesso: 16 jul. 2021).

Dessa maneira, considera-se que esse dispositivo não constitui óbice para a aplicação da Lei n. 14.133/2021, além de não ser recomendada sua adoção pela doutrina especializada.

9) Margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis (artigo 26);

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o **caput** deste artigo:

I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do **caput** deste artigo;

II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do **caput** deste artigo;

III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.

§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a [Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001](#).

Como se vê, a medida é opcional e não impede a realização de licitações pela Lei n. 14.133/2021:

4) A natureza opcional das medidas autorizadas

A adoção das medidas constantes do art. 26 não é compulsória, ainda que condicionada à presença dos requisitos determinados na Lei e em regulamento.

Cabe ao ente federativo em cuja órbita o certame se desenvolver avaliar a conveniência da aplicação das preferências e outras providências previstas no art. 26, tomando em vista as circunstâncias (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO II. DA FASE PREPARATÓRIA, Seção I. Da Instrução do Processo Licitatório, Art. 26, Page RL-1.7. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.7>. Acesso: 16 jul. 2021).

Nada impede que, caso entenda a Administração pela adoção da margem de preferência objeto do artigo 26 da Lei n. 14.133/21, que proceda à regulamentação ou adesão a regulamento de outro órgão público.

10) Procedimentos operacionais para o leilão (artigo 31);

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

Por não se cuidar da modalidade leilão no caso em apreço, naturalmente não será impeditivo.

Indica-se, ademais, que a Administração poderá optar por adotar o novo regramento ou a Lei n. 8.666/93 até 31 de março de 2023. Até este momento, deverá ser regulamentada esta modalidade para proporcionar a adoção do leilão, alterando-se a Resolução GP n. 9/2013.

11) Custos indiretos (artigo 34, § 1º);

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Os estudos técnicos preliminares da contratação avaliam os custos indiretos e as soluções possíveis para atendimento da necessidade, verificando-se que a ausência de regulamento pode ser facilmente suprida por esses estudos e por previsões objetivas em edital, como confirmou a praxe do arcabouço normativo em vias de revogação.

12) Desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração a ser considerado na pontuação técnica (artigo 36, § 3º);

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

[...]

§ 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento.

A licitação do tipo menor preço não faz incidir o dispositivo em análise. Em caso de adoção de julgamento por técnica e preço o pressuposto será a regulamentação, esta que poderá ocorrer até o dia 31 de março de 2023.

13) Contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado (artigo 43, § 2º);

Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

I - parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;

II - despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;

III - síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 1º É permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.

§ 2º As contratações de soluções baseadas em **software** de uso disseminado serão disciplinadas em

regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.

A contratação em voga não utilizará softwares de uso disseminado. Para as demais contratações cuja necessidade pública deva ser atendida por meio de soluções baseadas em software de uso disseminado, pode a Administração decidir por regulamentar ou aderir à regulamentação estadual ou federal.

14) Critério de desempate de propostas quanto ao desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (artigo 60, III);

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Embora o critério de desempate indicado no inciso III do art. 60 necessite de regulamentação para sua aplicabilidade, não se visualiza prejuízo ao certame a ausência de normativo, já que são extremamente remotas as chances de o desempate precisar se alicerçar nessa hipótese. Cuida-se de gerenciamento de risco. De um lado, tem-se situação rara, que dificilmente irá se concretizar (risco de baixíssima probabilidade). Do outro, os benefícios obtidos com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Assim, entende-se que a ausência de regulamentação a respeito do tema não pode impedir a aplicação da Lei n. 14.133/2021.

15) Negociação de condições mais vantajosas com o primeiro colocado (artigo 61, § 2º);

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

Verifica-se que, no âmbito da Lei 14.133/2021 *“deve-se ter em vista que a negociação não é obrigatória, quando o valor ofertado for igual ou inferior ao orçamento estimado”* (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO V. DO JULGAMENTO, Art. 61, Page RL-1.17. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.17>. Acesso: 9 jul 2021).

Ademais, a negociação é um procedimento complexo e dinâmico, composto por diversas técnicas que dependem de avaliação caso a caso e habilidade do negociador (agente de contratação), o que se entende não caber satisfatoriamente em regulamento.

É importante dizer, ainda, que, mesmo sem regulamento sobre a matéria, ocorrem atualmente negociações com os licitantes nos procedimentos do PJSC de modo a obter melhor proposta. A fim de observar o interesse público, entende-se que a ausência de normativo não deve configurar óbice à eventual negociação.

16) Habilitação eletrônica (artigo 65, § 2º);

Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital.

§ 1º As empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

§ 2º A habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

Atualmente a habilitação já é regulamentada em procedimentos eletrônicos, sendo as ferramentas atualmente em uso aderentes ao normativo.

17) Provas alternativas de conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço semelhante (artigo 67, § 3º);

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

[...]

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

Verifica-se que a melhor prática sempre foi a definição dos critérios alternativos de qualificação em edital, até porque a dinamicidade dos objetos dificilmente é acompanhada por regulamentos.

Não se verifica qualquer prejuízo na definição em edital, reputando-se que o legislador poderia ter feito um melhor tratamento da questão, sem qualquer prejuízo.

18) Situações de inadmissão de atestados de responsabilidade técnica (artigo 67, § 12);

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

[...]

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do caput deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Embora o texto legal preveja a necessidade de regulamento, o normativo é autoaplicável, como pontua Marçal Justen Filho:

36) A rejeição a profissional com atuação defeituosa (§ 12)

O § 12 veda a aceitabilidade da indicação, para os fins do inc. I, de profissionais cuja atuação anterior tiver sido eivada de defeito.

36.1) A imposição de sanções

O dispositivo refere-se à imposição das sanções previstas nos incs. III (impedimento de licitar e contratar) e

IV (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar) do art. 156 da Lei 14.133/2021. Portanto, o referido sancionamento formal é um pressuposto da incidência do dispositivo examinado.

36.2) A exigência de relação de causalidade jurídica

O dispositivo alude a que a atuação do profissional deve ter “dado causa” ao sancionamento, em virtude de “orientação proposta, prescrição técnica ou qualquer ato profissional de sua responsabilidade”.

Isso significa que não basta o sancionamento. É necessário que a punição tenha sido acarretada por uma atuação própria e específica do profissional, que configure infração a dever profissional. Ou seja, a indicação de um determinado profissional destina-se a respaldar a futura execução do contrato, indicando que o licitante será orientado de modo competente e adequado. Se tiver ocorrido falha profissional na atuação do indivíduo indicado, deixa de existir a presunção.

Trata-se de reconhecer a imprestabilidade de invocação a experiência anterior quando o profissional tiver atuado de modo defeituoso.

36.3) Ainda a questão da causalidade jurídica

Deve-se destacar que não é cabível investigar se a falha cometida pelo sujeito ocorreu no bojo de uma prestação semelhante àquela objeto da licitação. Basta a falha no desempenho da profissão.

36.4) A absolvição do profissional

Mas o dispositivo examinado não é aplicável nos casos em que o profissional tiver sido absolvido da infração, em sede adequada. Essa questão tanto pode verificar-se no âmbito da entidade de classe competente como do Poder Judiciário.

36.5) A desnecessidade de punição pessoal

Não existe necessidade de a punição ter sido imposta pessoal e diretamente ao próprio profissional. O dispositivo incide em caso de sancionamento a terceiro, em favor de quem o profissional estivesse atuando (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO VI. DA HABILITAÇÃO, Art. 67, Page RL-1.18. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.18>. Acesso: 16 jul. 2021).

19) Dispensa para a contratação que tenha por objeto produtos de pesquisa e desenvolvimento, quando aplicada a obras e serviços de engenharia (artigo 75, § 5º);

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

IV - para contratação que tenha por objeto:

[...]

c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

[...]

§ 5º A dispensa prevista na alínea “c” do inciso IV do caput deste artigo, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.

A contratação em análise não ficará submetida ao rito da dispensa de licitação. Para a realização de dispensa de licitação cujo objeto seja a contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), pode a Administração decidir por regulamentar ou aderir à regulamentação estadual ou federal antes de decidir pela aplicação da Lei n. 14.133/21.

20) Critérios para os procedimentos auxiliares (artigo 78, § 1º);

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

II - pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o **caput** deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Marçal Justen Filho bem observa que se cuidam de procedimentos auxiliares, ou seja, visam a facilitar a atuação nos certames, o que não implica na inviabilidade do emprego da Lei 14.133/2021, especialmente se os critérios estiverem objetiva e percutientemente descritos no instrumento convocatório:

Os procedimentos auxiliares previstos no art. 78 não se destinam a propiciar a satisfação direta de interesses administrativos, nem são uma via imediata para uma contratação administrativa específica. Tais procedimentos se caracterizam, então, pela ausência de conteúdo satisfativo próprio e autônomo. A finalidade dos procedimentos em questão consiste em reduzir a complexidade e ampliar a dinamicidade dos procedimentos licitatórios propriamente ditos (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: LEI 14.133, DE 1.º DE ABRIL DE 2021, TÍTULO II. DAS LICITAÇÕES, CAPÍTULO X. DOS INSTRUMENTOS AUXILIARES, Seção I. Dos Procedimentos Auxiliares, Art. 78, Page RL-1.24. Disponível: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/262297378/v1/page/RL-1.24>. Acesso: 16 jul. 2021).

Dessa maneira, a ausência de regulamento não é fator impeditivo á utilização dos procedimentos auxiliares previstos em lei, dentre os quais já são adotados pela Administração o credenciamento, o sistema de registro de preços e o registro cadastral, todos com procedimentos estabelecidos em edital.

21) Procedimentos de credenciamento (artigo 79, parágrafo único);

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

O procedimento em questão não se cuida de credenciamento e, como dito no item anterior, já amplamente adotado por esta Administração, o credenciamento possui todo seu regramento previsto nos editais respectivos, analisados e aprovados individualmente pela Assessoria desta Diretoria de Material e Patrimônio.

A ausência de regulamento, portanto, não é impeditivo para a utilização desse instrumento.

22) Manifestação de interesse para a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (artigo 81);

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

Os estudos técnicos preliminares já foram conduzidos e os resultados colacionados aos autos, viabilizando assim consulta e publicidade dentro das estipulações legais.

Para contratações vindouras em que se pretenda a adoção deste procedimento auxiliar, pode a Administração decidir por prever em edital, regulamentar ou aderir à regulamentação estadual ou federal antes de decidir pela aplicação da Lei n. 14.133/21.

23) Seleção, hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação e procedimento público de intenção no sistema de registros de preços (artigo 82, § 5º, II, e § 6º, e artigo 86);

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:
[...]

§ 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

[...]

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

A licitação em análise não será submetida ao sistema de registro de preços. No entanto, informa-se que há Resolução em estudo para regulamentar o uso do Sistema de Registro de Preços, bem como o Sistema de Registro de Preços Permanente.

24) Critérios, condições e limites para realização de licitação restrita a fornecedores cadastrados (artigo 87, § 3º);

Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

[...]

§ 3º A Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.

O certame não será restrito a fornecedores cadastrados.

Para contratações vindouras em que se pretenda a adoção deste procedimento auxiliar, pode a Administração decidir por prever em edital, regulamentar ou aderir à regulamentação estadual ou federal antes de decidir pela aplicação da Lei n. 14.133/21.

25) Cadastro, alteração, suspensão e cancelamento do registro de atesto de cumprimento de obrigações pelo contratado (artigo 88, §§ 4º e 5º);

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

[...]

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à

realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

§ 5º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas por esta Lei ou por regulamento.

Já estão suficientemente implementadas medidas de controle e acompanhamento da execução contratual, bem como regulamentada a emissão de atestados de capacidade técnica, com vistas a registrar a atuação das sociedades empresárias (vide [Resolução n. 13/2013-GP](#)).

Além disso, a participação no certame está franqueada a todos os interessados e, no presente momento, em vista da novidade instituída pela Lei 14.133/2021, os cadastros ainda não possuem dados suficientes para análise de desempenho.

Diga-se, ainda, que o sistema de compras governamentais possui registros de penalizações em seu bojo, permitindo uma avaliação objetiva da atuação do contratado, e, dessa maneira, facilitando uma análise do risco e do grau de controle necessário para conclusão satisfatória do objeto.

26) Regras da forma eletrônica de celebração dos contratos (artigo 91, § 3º);

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

[...]

§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.

O regulamento do sistema SEI já traz os instrumentos e regulamentações necessárias para essa finalidade, constando igualmente no instrumento convocatório.

27) Modelo de gestão do contrato (artigo 92, inciso XVIII);

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

[...]

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

Verifica-se que o modelo de gestão contratual pode ser previsto em minúcias no respectivo instrumento, sem qualquer prejuízo para a exigência.

Esse o posicionamento da AGU:

Nesse ponto a resposta é, ao nosso ver, negativa. Para tanto, indicam-se dois fundamentos:

1. A lei confere ao Termo de Referência e ao Edital poderes não condicionados de tratar sobre o modelo de gestão do contrato, de modo que esse tema, no geral, não é exclusivo de regulamentação;
2. O inciso XVIII difere na sua redação de outros dispositivos citados neste parecer. Fala-se em “observados os requisitos definidos em regulamentos”, o que não representa a mesma restrição de expressões como “nos termos de regulamento” ou similares.

147. Quanto ao primeiro ponto, os arts. 6º, XXIII, “f” e 25, caput, ambos citados acima, claramente concedem ao Termo de Referência - TR e ao Edital o poder de estabelecer regras sobre o “modelo de gestão”. O primeiro desses dispositivos, inclusive, vai além, na medida em que delega ao TR, a disposição sobre o próprio Modelo de Execução do contrato, dando-se a entender que a previsão que estiver no Termo de Referência tende a ser recepcionada (ou replicada) na minuta contratual.

148. Na medida em que não há condicionamentos a “regulamentos”, entende-se que tais normas tratam o tema de “modelo de gestão contratual” (ou especificamente fiscalização e gestão) como sendo uma regra de caráter negocial, ao menos sob o ponto de vista geral, ressalvados os aspectos específicos com alçada normativa, tais como as regras de conduta do art. 8º, §3º, já tratados anteriormente.

149. Sendo regra negocial, a ausência de regulamento não impede a contratação, na medida em que a autonomia da vontade, ainda que restringida pela juridicidade, fará o papel de integrar eventuais lacunas,

dispondo sobre o que eventualmente não estiver já na lei. O Termo de Referência e, por decorrência, o Edital e o Contrato, podem tratar do Modelo de Gestão de Contrato em minúcias enquanto inexistir regulamentação que o faça de forma generalizada, ressalvado, novamente, os pontos que demandam tratamento por regulamento, expostos neste parecer.

150. Nesse sentido que se insere o segundo fundamento: ao dizer que devem ser observados os “requisitos definidos em regulamento”, a lei não atribui ao regulamento o poder exclusivo de tratar da questão, mas sim possibilita que este venha a limitar a autonomia da vontade das partes contratantes, prevista nos arts. 6º, XXIII e 25. Entretanto, se não há regulamento, também inexistem requisitos a serem preenchidos para validade das previsões contratuais – a cláusula independerá da conformidade com um determinado requisito se ele não existir. Trata-se, na clássica definição de José Afonso da Silva, de uma norma de eficácia contida, cujas características já foram abordadas neste parecer (Disponível: <https://inovecapacitacao.com.br/wp-content/uploads/2021/06/PARECER-2-2021-CNMLC-CGU-AGU.pdf>. Acesso: 16 jul.2021).

28) Hipóteses de vedação, restrições ou condições para a subcontratação (artigo 122, § 2º);

Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.

§ 1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.

§ 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.

Como se vê, o edital pode restringir as condições para subcontratação, a exemplo da prática em voga nesta Administração.

29) Procedimentos e critérios sobre as causas de extinção dos contratos (artigo 137, § 1º);

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

[...]

§ 1º Regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos previstos no **caput** deste artigo.

Verifica-se que se cuida de faculdade e de cunho procedimental, o que pode ser suprido por previsões no instrumento convocatório e, na verificação de lacunas, mediante avaliação pelos princípios aplicáveis, em especial o contraditório e a ampla defesa.

30) Prazos e métodos para recebimentos provisório e definitivo do objeto do contrato (artigo 140, § 3º);

Art. 140. O objeto do contrato será recebido:

[...]

§ 3º Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

Observa-se que os critérios de recebimento provisório e de recebimento definitivo podem constar do instrumento convocatório e assim é o proceder desta Administração.

31) Fixação do pagamento com base em percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato corresponder à implementação de processo de racionalização (artigo 144, § 1º);

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

Não serão utilizados os referidos critérios no procedimento em questão.

Para contratações vindouras em que se pretenda a adoção fixação do pagamento com base em percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato corresponder à implementação de processo de racionalização, pode a Administração decidir por prever em edital, regulamentar ou aderir à regulamentação estadual ou federal antes de decidir pela aplicação da Lei n. 14.133/21.

32) Forma de cômputo e as consequências da soma de sanções aplicadas a uma mesma empresa por contratos distintos, nos casos das sanções dos incisos I, II, III e IV do caput do artigo 156 (artigo 161, parágrafo único); e

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Não se verifica óbice à manutenção das sanções na forma atualmente aplicável, considerando individualmente e sem somatório, o que acaba por ser mais benéfico para o sancionado.

33) Realização de contratações por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado (artigo 175, § 1º).

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.

O Poder Judiciário de Santa Catarina manterá a utilização de sistemas governamentais para essa finalidade (Comprasnet), rão pela qual não se fará necessária a regulamentação..

Naturalmente o melhor cenário é a regulamentação da Lei n. 14.133/2021 para sua fiel execução, notadamente nos temas em que o legislador expressamente previu essa necessidade. Na forma do já citado artigo 187, a regra geral é de que o próprio Estado editará os regulamentos aplicáveis às suas contratações, podendo servir-se subsidiariamente das normativas infralegais editadas pela União.

Cabe avaliar, como acima feito, se a regulamentação prevista em lei é imprescindível ou meramente auxiliar à efetivação das normas, podendo-se concluir que esta Administração já possui instrumentos alinhados com a Lei n. 14.133/2021, mormente quanto ao planejamento e gerenciamento de suas contratações.

Em relação à análise da legislação federal sobre a matéria, convém estabelecer dois pontos: 1) toda a legislação vigente, editada sob a égide das leis revogadas pelo artigo 193, II, da Lei nº

14.133/2021, mantém a sua utilidade em razão do período de transição de dois anos da publicação da nova lei, conforme tratado na resposta ao primeiro questionamento; 2) em segundo lugar, as normas federais e estaduais vigentes bem como as instruções normativas que tratam de licitações e contratos, sempre que possível, poderão ser aproveitadas no regime da nova Lei de Licitações, naquilo que não ofendam os seus princípios e as suas finalidades, sob pena de prejuízo ainda maior ao regular funcionamento da Administração Pública.

Importante ressaltar que uma série de questões procedimentais, frutos da prática, consolidaram-se nos instrumentos convocatórios e contratos desta Administração, mostrando-se úteis à continuidade da sua aplicação, até que sobrevenha regramento específico, para não gerar prejuízos ao regular funcionamento da Administração Pública, observada, por certo, a compatibilidade da regra com a novel legislação.

De qualquer forma, salienta-se a necessidade de especial atenção ao fato de que o pregão não possui mais autonomia legislativa, tendo sido incorporado pela Lei n. 14.133/2021 como mais uma modalidade de licitação (artigo 6º, inciso XLI), devendo, no trato desse instituto, inclusive na forma eletrônica, ser respeitadas as regras gerais do novo diploma. Além disso, matérias como a habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, registro de preços, recurso do resultado, entre outras, possuem regras correspondentes na Lei n. 14.133/2021, devendo os agentes públicos, em especial os gestores, atuar com o máximo cuidado, visando não ferir a nova norma.

3 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Os doutrinadores vem discutindo, desde a sanção da lei, em 1º de abril de 2021, se seria necessário aguardar a conclusão, pelo Governo Federal, do Portal Nacional de Compras Públicas, tendo em vista, em especial, a redação do caput do art. 94:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura.

Foram diversos posicionamentos firmados pelas consultorias especializadas e individualmente por doutrinadores indicando pela possibilidade jurídica de imediata aplicação da Lei n. 14.1333/21, em que pese comportar opiniões minoritárias dissonantes.

Os artigos jurídicos são de tal clareza e objetividade que merecem ser trazidos a este documento integralmente. O primeiro, traz posicionamento firme da Consultoria Zênite:

Uma questão tem gerado discussões nos últimos dias, desde que a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 foi sancionada: a nova lei já seria aplicável?

A Lei entrou em vigor no dia 1º de abril último (art. 194). Ainda, nos artigos 190 e seguintes criou algumas regras de transição: (i) contratos firmados antes do dia 1º.04.2021 continuarão sendo regidos pela Lei nº 8.666/1993 (art. 190); (ii) até o dia 1º.04.2023 a Administração poderá optar por licitar/contratar diretamente conforme o regime da legislação até então vigente ou a nova, cumprindo indicar, uma dessas 2 opções, na instrução pertinente (art. 191 c/c art. 193, inc. II); (iii) a seção “Dos crimes e das Penas” prevista na Lei nº 8.666/1993 ficou revogada em 1º.04.2021 (art. 193, inc.I); e (iv) as Leis nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 estarão revogados em 1º.04.2023 (art. 193, inc. II).

Ao definir que a nova Lei passou a vigor em 1º.04.2021 e que em 2 anos, a contar dessa data (até 1º.04.2023, portanto), a Administração poderá optar pelo regime jurídico que observará em cada processo de contratação, fica muito clara a intenção do legislador no sentido de:

1º – anunciar a existência de um novo regime jurídico para as licitações e contratos da Administração Pública, que já está vigente; e,

2º – definir um período para “exercitar” esse novo regime jurídico, para um adequado aprendizado e internalização correspondente pelos agentes públicos, de modo que, entre 1º.04.2021 e 1º.04.2023 estes poderão, mediante aposição expressa em cada processo administrativo de contratação, optar pelo novo regime

ou pelo regime até então vigor.

Um argumento que tem sido colocado como óbice à possibilidade de aplicar o novo regime, desde o dia 1º.04.2021, tem em vista o disposto no art. 94, caput, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual a “divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos”.

A nova Lei cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), enquanto sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Lei (art. 174, inc. I, da Lei nº 14.133/2021), a exemplo dos avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos, bem como minutas contratuais.

Por ser uma Lei muito preocupada com governança, fica bastante clara a intenção do legislador pela transformação num governo fortemente digital e com mecanismos de centralização. O PNCP compreenderá, sem sombra de dúvida, importante instrumento nesse sentido.

Agora, não se pode confundir o “instrumento” com a “norma”, esta subjacente ao dispositivo.

E a “norma”, ao tratar do uso do PNCP como instrumento de publicidade dos atos praticados nos processos de contratação, antes de qualquer outro fator, pretendeu materializar o dever de publicidade dos atos praticados nos processos de contratação, e todos os reflexos a ele inerentes (transparência, controle, prestígio à competitividade etc.).

Logo, até que seja criado o PNCP, cabe aos órgãos e entidades que optarem por já adotar o regime da Lei nº 14.133/2021 (conforme expressamente autorizado no art. 191 c/c art. 193, inc. II e art. 194) observarem, enquanto instrumento de publicidade, os veículos de divulgação oficial atualmente existentes e que têm cumprido a finalidade normativa, inclusive o próprio sítio eletrônico oficial do órgão ou entidade.

E há outro aspecto que não pode passar despercebido. A Lei nº 8.666/1993 perderá a vigência apenas em 1º.04.2023. Portanto, enquanto o PNCP não estiver disponível, continua regendo a publicidade dos atos praticados nos processos de contratação, em termos legais e materiais, o disposto no art. 6º, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual, é a “Imprensa Oficial – veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis”.

Sabe-se que, na forma do art. 191 c/c art. 193, inc. II, da Lei nº 14.133/2021, cumprirá à Administração optar, em cada processo de contratação, por um dos 2 regimes (Lei nº 14.133/2021 ou Lei nº 8.666/1993 e legislações correlatas), não sendo possível mesclá-los. Contudo, frise-se, não se deve confundir o “instrumento” com a “norma”. O que ambas as legislações pretendem, com os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que tratam do PNCP e o art. 6º, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993, é indicar, no que tange à publicidade dos atos praticados nos processos de contratação, qual será o veículo oficial de divulgação da Administração Pública, ou seja, qual deve ser o instrumento por meio do qual ocorrerá a divulgação oficial da Administração Pública.

Se o instrumento indicado pelo novo regime – PNCP – não existe, até que seja criado e esteja disponível, para cumprir a norma, deve-se empreender a divulgação pelos instrumentos de divulgação oficial em vigor e disponíveis (dever de publicidade), na forma do art. 6º, inc. XIII, da Lei nº 8.666/1993, somado à divulgação no sítio eletrônico oficial.

Não fosse assim, daqui a um ano, ao lançar um pregão, por exemplo, adotando o regime da Lei nº 8.666/1993, ainda que já disponível e operante o PNCP, este instrumento não poderia ser utilizado para divulgação do procedimento, o que seria completamente questionável. Eventual raciocínio nesse sentido colocaria em xeque um dos objetivos de criação do PNCP, não somente enquanto veículo de divulgação oficial das contratações públicas, mas igualmente de centralização, transparência e controle.

Portanto, a partir do instante em que o PNCP estiver disponível, a veiculação nele será obrigatória, conforme disposto no art. 54 da Lei nº 14.133/2021. Até lá os atos praticados nas licitações e contratos serão publicados nos órgãos oficiais de publicidade, como Diário Oficial e sítios eletrônicos oficiais dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Reforça esse alinhamento o disposto no art. 8º, parágrafo 1º, inc. IV, e parágrafo 2º, da Lei de Acesso à Informação, segundo o qual, ao tratar do dever dos órgãos e entidades públicas de promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral, citam as “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”, de modo que, para o cumprimento desse dever, “deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).” (Grifamos.)

Importante reforçar: adotar racionalidade diversa, além de ir de encontro à autorização expressa na Lei que possibilita, desde logo, adotar o novo regime que inaugura, seria desarrazoado, uma vez que é possível cumprir a norma (finalidade de publicidade) pelos veículos de Imprensa oficial/sítio eletrônico oficial, e legítimos, até que o PNCP seja criado e esteja disponível.

Em suma, para a Zênite a Lei nº 14.133/2021 está vigente e já pode ser aplicada. (Lei nº 14.133/21: A nova Lei de Licitações está vigente e é aplicável. Disponível: [Lei nº 14.133/21: A nova Lei de Licitações está vigente e é aplicável – Blog da Zênite \(zenite.blog.br\)](#). Acesso: 16 jul. 2021).

Já o segundo, indica posicionamento de um reconhecido servidor público, Procurador do Estado do Paraná, José Anacleto Abduch Santos:

Uma questão jurídica da maior relevância, e que pode produzir importantes impactos na Administração Pública brasileira é: a aplicação da Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações) depende da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas?

O Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é sítio eletrônico oficial destinado à: I – divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei; II – realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos (art. 174).

À toda vista se trata de norma geral, aplicável, por disposição expressa normativa, para todos os entes federados. A corroborar esta tese, tem-se que o PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, que conta com a participação de representantes de todos os entes da federação (art. 174, §1º).

Com a edição da Lei nº 14.133/2021, o veículo oficial de divulgação dos atos relativos às licitações e contratações públicas passa a ser o PNCP.

Dentre outras referências, 2 normas versando sobre publicidade dos atos licitatórios e contratuais podem ser destacadas na nova lei.

Primeira, a contida no art. 54, que preceitua:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

E aquela contida no art. 94:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I – 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II – 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, sob pena de nulidade.

Referidas normas podem induzir a 2 conclusões distintas, ambas, claro, defensáveis, afinal, interpretação implica a busca do melhor significado, dentre os vários possíveis, de um determinado texto normativo.

A interpretação literal das normas pode, com efeito, levar à conclusão hermenêutica no sentido de que somente após a criação do PNCP a nova lei pode ser aplicada, pois (i) a publicidade dos editais de licitação deve ser feita no Portal; e (ii) a publicação do extrato do contrato no Portal é condição de sua eficácia.

Não parece ser esta a melhor interpretação.

Primeiro: porque o art. 194 determina que a Lei entra em vigor na data de sua publicação, o que ocorreu no dia 1º de abril de 2021.

Segundo: porque o art. 1º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 estabelece que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”.

Terceiro: a eficácia de uma norma somente pode ser limitada ou contida mediante disposição expressa – ou, como defendem alguns, no mínimo implícita.

Por fim, não parece atender o interesse público vincular a eficácia de uma lei à implementação de um banco de dados – a não ser que o objeto da lei fosse unicamente a criação deste banco de dados, ou que a sua aplicação dependesse materialmente dele – o que não é o caso.

Tem-se, assim, que a Lei nº 14.133/2021 é válida, vigente e eficaz (à exceção de eventuais normas que dependam de regulamentação, o que demanda indicação expressa, como dito).

Ora, se a Lei é vigente, pode ser aplicada. Ademais, a própria Lei estabelece que “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” (art. 191).

O legislador, em momento algum, vinculou a vigência da lei à criação do Portal Nacional de Contratações

Públicas, o que pode levar a outra conclusão no que tange à aplicabilidade imediata da Lei nº 14.133/2021.

E esta outra conclusão decorre de uma interpretação sistemática ou sistêmica das normas contidas na nova lei de licitações.

Partindo-se da premissa de que a Lei tem vigência, e tem, como visto. E de que não se pode admitir eficácia contida ou limitada de nenhuma de suas normas sem expressa previsão também legal – ainda que implícita –, é possível deduzir conclusão no sentido da possibilidade de aplicação imediata do regime jurídico da Lei nº 14.133/2021.

O primeiro argumento em favor da eficácia imediata da Lei nova tem relação com a função do Portal Nacional de Contratações Públicas. Trata-se de um banco de dados que conterá informações relevantes e indispensáveis sobre licitações e contratações públicas.

Será, também como visto, o veículo oficial de publicidade dos atos relativos às licitações e contratos da Administração Pública – à exceção das empresas estatais.

Ora, esta função pode ser suprida, sem qualquer prejuízo de publicidade, pelo sistema de publicidade oficial dos atos administrativos. Normalmente a publicação em Diário Oficial. A publicidade dos atos relativos a licitações e contratos pode e deve ocorrer também por meio dos sítios eletrônicos oficiais – para conferir eficiência às publicações.

O relevante e de interesse público é que ocorra efetivamente a publicação dos instrumentos convocatórios e dos extratos dos contratos – cumprindo o princípio constitucional da publicidade.

Nem se diga que esta sistemática ensejará prejuízos ou riscos de publicidade, pois é a sistemática de que se vale a Administração Pública com fundamento na Lei nº 8.666/1993.

Nesta medida, a interpretação sistemática das normas que exigem a publicação no Portal Nacional de Contratações Públicas leva à conclusão de que (i) enquanto não for criado referido Portal, a publicidade dos atos e contratos se dará por intermédio dos veículos oficiais de publicação e sítios eletrônicos dos entes e órgãos da Administração Pública; e (ii) a publicação no Portal somente será condição para eficácia dos contratos após a sua efetiva criação.

O segundo argumento em favor da eficácia imediata da nova Lei é de ordem lógico-jurídica. Não há sentido jurídico em vincular a vigência e a eficácia de uma Lei à criação de um banco de dados informatizado, que se presta a uma finalidade – conferir publicidade aos atos – que pode ser atingida por outros meios jurídicos legítimos e válidos.

Por hipótese, imagine-se que, transcorridos os 2 anos de que trata o art. 193, II da nova Lei tenhamos a revogação da Lei nº 8.666/1993, mas ainda não tenhamos um Portal Nacional de Contratações Públicas.

Neste caso, lamentavelmente não poderemos mais realizar licitações ou contratações públicas, pois não haverá lei vigente ou eficaz, para, nos estreitos limites da legalidade administrativa, amparar a Administração Pública. Porque não foi criado um banco de dados informatizado... (A aplicação da nova Lei de Licitações depende da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas?. Disponível: [A aplicação da nova Lei de Licitações depende da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas? – Blog da Zênite \(zenite.blog.br\)](#). Acesso: 16 jul. 2021).

Reforçando a tese de aplicabilidade imediata da Lei n. 14.133/2021, traz-se o artigo publicado na biblioteca virtual da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, onde esclarece de forma abstrata acerca da autonomia dos artigos de lei que independem de regulamentação, no que tange à sua eficácia, em que pese a existência de artigos na mesma legislação que estejam pendentes de regulamentação:

7. NATUREZA Sob o prisma material, os regulamentos se traduzem em atos legislativos. São genéricos e abstratos. Sob o prisma formal, constituem-se em atos administrativos. Traduzem emanção da função administrativa e não função legislativa (como, p. ex., quando o Presidente da República promulga uma medida provisória ou uma lei delegada).

DIOGENES GASPARINI, em sua obra “Direito Administrativo”, traz um posicionamento interessante em relação à natureza dos regulamentos. Para o citado autor:

“A natureza da atribuição regulamentar é originária. Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função”⁹

8. LIMITAÇÕES As limitações podem ser de ordem formal ou material.

[...]

8.2. Material Não há matéria reservada para regulamento. O regulamento deve sempre se ater à lei. Apenas essa pode inovar a ordem jurídica para criar direitos e obrigações. O regulamento somente poderá inová-lo dentro daquilo que permite a lei. Para uma pequena parte da doutrina, o Chefe do Poder Executivo pode regulamentar qualquer lei, porém, para a maioria dos autores, somente as leis que serão aplicadas pelo Executivo é que desafiam regulamentação. Por isso que as leis que disciplinam relações entre particulares, onde a presença do Estado-Administração não se faz sentir, não merecem sofrer atuação regulamentar do Poder Executivo.

[...]

10. ALGUNS PRINCÍPIOS ATINENTES AO REGULAMENTO:

[...]

a) Primazia ou preeminência da lei. A lei está, hierarquicamente, acima do regulamento. Este não pode contrariar aquela.

[...]

e) Autonomia da lei. A eficácia da lei (execução), poderá ficar condicionada à edição do regulamento, desde que seja fixado prazo para a ação normativa do executivo. Não atribuído prazo, então a lei será eficaz desde sua vigência em tudo aquilo que não depender do ato complementar e inicial da execução. Fixado o prazo para regulamentação, e desrespeitado respectivo lapso temporal, a lei será eficaz em tudo o que não depender do regulamento, já que antes de vencida a dilação temporal era totalmente ineficaz. (O DECRETO REGULAMENTAR COMO ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO. Disponível em: [O DECRETO REGULAMENTAR COMO ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO](#). Acesso: 16 jul. 2021)

Nesse sentido, compartilha-se da linha argumentativa de que o Portal Nacional de Contratações Públicas tem natureza instrumental, ou seja, é o meio pelo qual se materializa o sobrejacente dever de publicidade dos atos administrativos de contratação.

A implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas, que depende de desenvolvimento, compreende melhoria na questão referente à publicidade dos atos ligados às compras de órgãos públicos, e não impede a continuidade da publicação dos atos nos portais dos órgãos públicos, diários oficiais, jornais de grande circulação, entre outros meios de divulgação idôneos e aptos a comunicar com os interessados em contratações públicas.

Ademais, a própria lei estabelece que, enquanto não for adotado o Portal Nacional de Contratações Públicas pelos Municípios com até 20.000 mil habitantes, estes devem publicar os atos referentes aos seus procedimentos de contratação em diário oficial, e a versão física em suas repartições. Deste art. 176 da Lei nº 14.133/2021, nova Lei de Licitações, se extrai a intenção do legislador em manter a forma de publicação similar àquela prevista na Lei n. 8.666/1993, por meio do diário oficial, para as informações que exigem divulgação em sítio eletrônico oficial:

Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:

I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei;

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Se para os Municípios pequenos, normalmente desprovidos de meios tecnológicos necessários à transparência das informações relativas aos editais e contratos, será possível afastar o PNCP por previsão expressa do legislador, deve-se aplicar analogicamente aos demais órgãos, os quais, repete-se, têm muito mais ferramentas que garantem a publicidade de seus atos. Quem pode o mais, pode o menos.

No mais, não se pode conceber, à luz do pacto federativo, que a aplicabilidade da lei a todos os seus destinatários estaria atrelada à implantação e operacionalização de um sistema por determinado ente da Federação. Estaria se conferindo poder à União de decidir quando a NLLC deveria passar a ser observada, o que, claramente, violaria a autonomia de Estados e Municípios.

Em 9 de agosto de 2021 ocorreu, então, o lançamento do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) pelo Ministério da Economia. O evento, transmitido pelo YouTube, contou com plateia superior a 3.000 pessoas ([YouTube](#)). O vídeo conta com mais de 16 mil visualizações atualmente.

Naquele momento, houve o primeiro contato dos servidores deste Poder Judiciário com a ferramenta. E foi a data em que esta assessoria teve acesso à informação de que o PNCP seria apenas um repositório de dados e documentos e que o abastecimento destes no portal se daria única e exclusivamente por meio de integração de sistemas públicos e privados ao portal, integração esta que deve ser solicitada e operacionalizada pelo Ministério da Economia, não sendo possível a inclusão de dados de maneira manual.

Ainda no dia 9/9/2021, esta Diretoria de Material e Patrimônio se reuniu com a Diretoria de Tecnologia da Informação para que a demanda fosse analisada por seus técnicos, a fim de indicar a viabilidade operacional de realizar a integração com o sistema de contratos e de gerenciamento das atas de registro de preços deste Tribunal, já que a integração com o Comprasnet, sistema onde constam os editais de pregão eletrônico, bem como as dispensas e inexigibilidades realizadas pelo TJSC, já está ocorrendo desde o lançamento do PNCP.

Partiu-se, também, para a tentativa de utilização da ferramenta Comprasnet-Contratos, de propriedade do Ministério da Economia, e que já está integrada com o PNCP. A resposta recebida do Ministério do Planejamento foi a seguinte:

Prezado Luciano,
Agradecemos muito o seu contato e interesse na utilização do sistema Comprasnet Contratos!
Informamos que no momento, a liberação de acesso está ocorrendo somente para o ambiente de treinamento, a fim de que os órgãos possam conhecer a usabilidade do sistema.
Para a utilização do ambiente de produção do Comprasnet Contratos, será necessário realizar a adesão ao sistema. No entanto, os procedimentos para essa adesão estão em definição. Tão logo sejam finalizados, serão encaminhados aos órgãos que manifestaram vontade em aderir.
À vista disso, seu interesse está registrado nesta Coordenação Geral de Sistemas de Compras Governamentais e, assim que possível, entraremos em contato para concluirmos vosso processo de adesão.
Por fim, caso ainda restem dúvidas, colocamo-nos à disposição dessa Secretaria, bem como nossa Central de Atendimento, por meio do telefone: 0800.978.9001 ou do endereço eletrônico: <https://portaldeservicos.economia.gov.br/>

Considerando a indefinição da data em que será possível utilizar o Comprasnet-Contratos, foi aberta uma demanda, por meio da Central de Serviços (demanda n. [405038](#)), para análise da forma como se dará a operacionalização da integração com o portal deste órgão, já que em 7/1/2022 o PJSC passa a utilizar o ERP, ferramenta integrada de gestão administrativa, esta que se pressupõe já esteja integrada com o PNCP, porque utilizada por outros tantos órgãos públicos do país, incluindo 10 tribunais de justiça.

A integração está sendo priorizada por este PJSC mas não pode ser um empecilho à aplicação da nova lei e de suas benesses ligadas à governança das contratações, elástico dos prazos de vigência dos contratos continuados, controles e demais novidades que trarão grandes ganhos de eficiência e economicidade ao erário.

A decisão a ser tomada agora é praticamente a mesma que já se sinalizou anteriormente: manter a publicidade dos dados, atos e documentos na forma como se dão atualmente até a efetiva disponibilização do portal, já que, ainda que esteja disponível para todos os entes, somente está em amplo funcionamento para os entes da União, porque utilizam, por obrigatoriedade, os sistemas já integrados (comprasnet e comprasnet-contratos).

O posicionamento desta Assessoria indicado anteriormente não altera após o advento do PNCP e sua disponibilização aos entes públicos para integração. Reitera-se, pois, que "não se pode conceber que, à luz do pacto federativo, que a aplicabilidade da lei a todos os seus destinatários estaria atrelada à implantação e operacionalização de um sistema por determinado ente da Federação. Estaria se conferindo poder à União de decidir quando a NLLC deveria passar a ser observada, o que, claramente, violaria a autonomia de Estados e Municípios" (Parecer Jurídico n. 0465/DMP/2021).

Ressalta-se, por fim, que, tão logo haja viabilidade, será observada a publicação dos contratos e atas no PNCP.

4 ADEQUAÇÕES NO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO

Quanto às complementações aos Estudos Técnicos Preliminares, Projeto Básico, Edital e Contrato, serão necessárias as seguintes adaptações nos modelos-padrão, observadas as inovações trazidas pela Lei n. 14.133/2021:

1. Na formalização da demanda e comprovação de seu alinhamento com o planejamento estratégico institucional e da previsão no Plano Anual de Contratação, bem como no Projeto Básico e no cabeçalho do edital e do contrato, indicar que a contratação se dará com base no regime da Lei nº 14.133/21;

2. Previsão, no edital:

I - dos prazos e hipóteses de cabimento de recursos, de impugnações e esclarecimentos;

II – formas de publicidade que serão adotadas enquanto não disponibilizado, para o PJSC, o Portal Nacional de Contratações Públicas

3. Todos os elementos necessários a todos os contratos devem estar inseridos no projeto básico ou na minuta contratual, a saber:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - modalidade licitatória e o critério de julgamento a serem adotados;

III - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento (permitida a antecipação de pagamento desde que previamente justificada, nos termos do art. 145 da Lei n. 14.1133/21, podendo ser exigida garantia adicional como condição de pagamento), e o prazo para liquidação e para pagamento, obedecida a ordem cronológica, além dos critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - índice de reajustamento de preço, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, com previsão de:

a) reajustamento em sentido estrito, podendo ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos, com data-base vinculada à data do orçamento estimado

b) repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos, com data-base vinculada:

b.1) à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

b.2) ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra;

VII - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso (preferencialmente 30 dias após concluída a instrução do requerimento);

VIII - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso (preferencialmente 30 dias após concluída a instrução do requerimento);

IX – os critérios e a periodicidade da medição, indicando a forma como o objeto será recebido:

a) em se tratando de obras e serviços:

a.1) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;

a.2) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

b) em se tratando de compras:

b.1) provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;

b.2) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

X - os prazos de duração dos contratos, que podem ser:

a) nas hipóteses de serviços (incluindo aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática) e fornecimentos contínuos, de até cinco anos prorrogáveis até dez anos, desde que comprovadas a cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

b) nas hipóteses de contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração:

b.1) até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

b.2) até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

c) nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 da Lei n. 14.133/21, de até 10 (dez) anos;

d) nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, por prazo indeterminado, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação; ou

e) nas hipóteses de operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação de até 15 (quinze) anos.

XI – prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

XII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

XIII - a matriz de alocação de riscos, quando for o caso, esta que deverá promover a alocação eficiente dos riscos e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual, prevendo, em especial:

a) às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

b) à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

c) à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

XIV - as garantias, quando exigidas, a serem oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratado - de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos - e o prazo para apresentação (mínimo de um mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato), inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XV - o prazo de garantia mínima do objeto (garantida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ou, no caso de obras, estabelecido prazo mínimo pela Lei n. 14.133/21 como sendo de cinco anos após o recebimento definitivo), as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XVI - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis, sua abrangência e os valores das multas e suas bases de cálculo (conforme art. 156 e 162 da Lei n. 14.133/21), admitida a reabilitação;

XVI – indicação expressa do procedimento de apuração de penalidades;

XVIII - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XIX - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XXI - a obrigação do contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XXII - o modelo de gestão e execução do contrato, considerando, especialmente, que:

a) nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração deverá efetuar o depósito de valores em conta vinculada e poderá, entre outras medidas:

a.1) exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

a.2) condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

a.3) em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

b) a Administração poderá vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação;

c) a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no [art. 7º da Lei n. 14.333/21](#), ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição;

d) as alterações contratuais serão realizadas, nos termos do capítulo VII da Lei n. 14.133/21:

d.1) unilateralmente pela Administração:

d.1.1) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

d.1.2) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

d.2) por acordo entre as partes:

d.2.1) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

d.2.2) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica de inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

d.2.3) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d.2.4) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato;

XXIII - os casos de extinção, em especial no tocante:

a) a contratos de serviços e fornecimentos contínuos, em que a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem;

b) ao direito à extinção pelo Contratado (art. 137, §2º da Lei n. 14.133/21);

c) ao direito à extinção unilateral pela Administração (art. 137, caput e incisos, da Lei n. 14.133/21);

d) à possibilidade de extinção por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

XXIV - indicação de período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início da execução;

XXV - indicação, se for o caso, da possibilidade de adoção de meios alternativos de

prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, enfatizando que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes;

XXVI – estabelecimento do foro da sede da Administração para dirimir quaisquer questões contratuais;

XXVII – formas de publicidade do contrato e seus aditivos que serão adotadas enquanto não disponibilizado, para o PJSC, o Portal Nacional de Contratações Públicas;

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, delineiam-se as seguintes conclusões para a contratação da solução de videomonitoramento e todas as vindouras que passem a adotar o regime da Lei n. 14.133/21:

a) a nova Lei de Licitações tem aplicabilidade imediata, bastando que a opção entre a aplicação das leis previstas no inciso II do art. 193 ou do regime instituído pela Lei n. 14.133/2021 seja indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, conforme exigência constante na parte final do artigo 191, *caput*;

b) é possível realizar procedimentos com base na Lei n. 14.133/2021, desde a sua vigência (1º de abril de 2021, conforme artigo 194), devendo ser necessariamente atendidos os requisitos da nova Lei, sem possibilidade de sobreposição de regimes;

c) o arcabouço normativo e os instrumentos existentes nesta Administração comportam a imediata adoção da Lei n. 14.133/2021, inclusive no que tange aos requisitos de planejamento e gerenciais;

d) é desejável, mas não imprescindível, a regulamentação integral da Lei n. 14.133/2021 para sua fiel execução, notadamente nos temas em que o legislador expressamente previu essa necessidade, sendo que a regra geral é a de que o próprio Estado editará os regulamentos aplicáveis às suas contratações, podendo servir-se subsidiariamente, todavia, das normativas infralegais editadas pela União;

e) até a efetiva operação do Portal Nacional de Contratações Públicas quanto a contratos e atas de registro de preços, o Poder Judiciário de Santa Catarina poderá aplicar a Lei n. 14.133/2021, conforme previsão expressa dos artigos 194, 193, II, e 191, desde que sejam providenciadas as adaptações ou providências que garantam a transparência dos atos praticados até a efetiva implementação do portal nacional e, a partir de sua operação, a transferência de todos os dados necessários ao cumprimento do artigo 174.

É o parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

ASSESSORIA TÉCNICO-JURÍDICA/DMP

Senhor Diretor-Geral Administrativo:

Acolho o parecer produzido pela Assessoria Técnico-Jurídica desta Diretoria, que concluiu:

1) a nova Lei de Licitações tem aplicabilidade imediata, bastando que a opção entre a aplicação das leis previstas no inciso II do art. 193 ou do regime instituído pela Lei n. 14.133/2021 seja indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, conforme exigência

constante na parte final do artigo 191, *caput*;

2) é possível realizar procedimentos com base na Lei n. 14.133/2021, desde a sua vigência (1º de abril de 2021, conforme artigo 194), devendo ser necessariamente atendidos os requisitos da nova Lei, sem possibilidade de sobreposição de regimes;

3) o arcabouço normativo e os instrumentos existentes nesta Administração comportam a imediata adoção da Lei n. 14.133/2021, inclusive no que tange aos requisitos de planejamento e gerenciais;

4) é desejável, mas não imprescindível, a regulamentação integral da Lei n. 14.133/2021 para sua fiel execução, notadamente nos temas em que o legislador expressamente previu essa necessidade, sendo que a regra geral é a de que o próprio Estado editará os regulamentos aplicáveis às suas contratações, podendo servir-se subsidiariamente, todavia, das normativas infralegais editadas pela União;

5) até a efetiva operação do Portal Nacional de Contratações Públicas, o Poder Judiciário de Santa Catarina poderá aplicar a Lei n. 14.133/2021, conforme previsão expressa dos artigos 194, 193, II, e 191, desde que sejam providenciadas as adaptações ou providências que garantam a transparência dos atos praticados até a completa implementação do portal nacional pelo TJSC e, a partir de sua operação, a transferência de todos os dados necessários ao cumprimento do artigo 174; e, por fim

6) os modelos padronizados (e já revistos pela Assessoria desta DMP) de documentos necessários à instrução do processo (ETP, PB e minuta contratual) foram encartados nos presentes autos e deverão ser preenchidos pela Equipe de Planejamento da Licitação para que seja possível a adoção do regime da Lei n. 14.133/2021.

Sendo assim, submeto o entendimento à elevada consideração de Vossa Senhoria.

DIRETORA DE MATERIAL E PATRIMÔNIO



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Goulart, ASSESSOR TÉCNICO**, em 19/08/2021, às 15:34, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



Documento assinado eletronicamente por **Manuela Stefani Cardoso, ASSESSOR TÉCNICO**, em 19/08/2021, às 15:47, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



Documento assinado eletronicamente por **Jullyana Kroon Tomaz Soares, ASSESSOR TÉCNICO**, em 19/08/2021, às 15:47, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme e Silva Pamplona, ASSESSOR TÉCNICO**, em 19/08/2021, às 15:58, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.tjsc.jus.br/verificacao> informando o código verificador **5729338** e o código CRC **7132E941**.