

LEI Nº 14.133/21

AGENTE DE CONTRATAÇÃO - PROVIMENTO DE CARGO PARÂMETROS

PROCESSO Nº : 773197/23
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : CÂMARA MUNICIPAL DE PARANAGUÁ
INTERESSADO : FABIO DOS SANTOS, NILSON SANTOS DINIZ
RELATOR : CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 2528/24 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Nova Lei de Licitações. Agente de contratação. Exigências e qualificações previstas em lei. Exercício por servidores públicos comissionados. Resposta nos termos do Acórdão nº 3561/23-STP.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Câmara Municipal de Paranaguá, por meio de seu Presidente, Sr. Fábio dos Santos, por meio da qual indaga (peça 3):

- 1) A função de Agente de Contratação poderá ser ocupada por servidor de provimento de cargo em comissão?
- 2) Caso se entenda pela restrição na hipótese anterior, caso se verifique a escassez e a indisponibilidade de servidores efetivos hábeis ao desempenho das funções atinentes do Agente de Contratação previsto na Nova Lei de Licitações (14.133/2021), somada com a impossibilidade de nomeação de novos servidores, respeitadas as determinações da Lei Eleitoral, poderia o Poder Público, excepcionalmente, admitir o exercício de tal função por meio de cargo de provimento em comissão?

O parecer jurídico do consultante foi colacionado na peça 4. Ao analisar a matéria, a Assessoria Jurídica do Poder Legislativo Municipal concluiu, em breve síntese, que os servidores comissionados somente poderão exercer função de agente de contratação naquelas situações excepcionais, em que a Administração deve justificar e provar a impossibilidade material de encontrar e designar, dentro do seu quadro de pessoal, servidores que cumpram os requisitos do artigo 8º da Lei nº 14.133/2021.

Os autos foram então recebidos (Despacho nº 1756/23, peça 6) e remetidos à Escola de Gestão Pública, para verificação da existência de precedente nesta Corte a respeito do objeto da consulta.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, em sua Informação nº 161/23 (peça 8), enumerou como julgados afetos à matéria e dotados de força normativa os Acórdãos nº 3561/23, 2298/19 e 3947/20, todos do Tribunal Pleno desta Corte.

Por sua vez, a Coordenadoria-Geral de Fiscalização atestou que há impactos em sistemas e fiscalização realizadas pelas áreas instrutivas a ela vinculadas e informou que questão semelhante foi objeto de julgamento por este Tribunal no Processo de Consulta nº 27903-6/23, pelo Acórdão nº 3561/23-STP.

Na sequência, a Coordenadoria de Gestão Municipal, por meio da Instrução nº 1299/24 (peça 11), apresentou parecer com o seguinte opinativo de resposta:

- 1) Em regra, a função de agente de contratação não poderá ser ocupada por servidor de provimento de cargo em comissão porque o exercício da referida função, por expressa previsão legal (artigo 8º da Lei nº 14.133/21), deve se dar entre os ocupantes de cargo efetivo ou empregados públicos;
- 2) Excepcionalmente é possível admitir o exercício de referida função por ocupante de cargo em comissão, quando não houver, dentre os servidores efetivos, quem possa exercê-la, desde que apresentadas as devidas justificativas e de maneira temporária, conforme previsto no Acórdão nº 3561/23 - Tribunal Pleno - TCE/PR.

Finalmente, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer nº 116/24 (peça 12), opinou pelo conhecimento da consulta e, no mérito, pela resposta nos termos do Acórdão nº 3561/23 – Tribunal Pleno, que já tratou da matéria ora sob consulta.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, verifica-se que a consulta preenche os requisitos de admissibilidade previstos pelo art. 38 da Lei Orgânica e art. 311 do Regimento Interno, ambos deste Tribunal.

A presente consulta se refere ao agente de contratação, inovação trazida pela Lei nº 14.133/21 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC), que vem conceituado no artigo 6º, LX e repetido no artigo 8º, como

a 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.

Quanto à forma de designação, o artigo 7º da Lei nº 14.133/21 estabeleceu que os agentes de contratação serão “preferencialmente” servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública. Veja-se:

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.

A propósito, como bem assinalou a unidade técnica, esta Corte já respondeu consulta similar e mais abrangente, nos termos do protocolo nº 279036/23, que tratou dos agentes públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei nº 14.133/21, tendo sido questionado se “as funções atribuídas aos agentes públicos através da Lei nº 14.133/21 poderão ser exercidas por servidores comissionados”.

Neste caso, a jurisprudência firmada pelo Acórdão nº 3561/23 - Tribunal Pleno, que fez expressa referência aos agentes de contratação, entendeu que:

Ementa: Lei nº 14.133. Agentes públicos para o desempenho das funções essenciais. Exigências e qualificações expressamente previstas em lei, nos termos desta decisão. Prejulgado nº 25-TCE/PR. Vedação à percepção de função gratificada por ocupante de cargo comissionado.

(i) **As funções atribuídas aos agentes públicos através da Lei nº 14.133/21 poderão ser exercidas por servidores comissionados?**

Com base em tudo o que foi discorrido, a **Nova Lei de Licitações** traz como **regra** que os **agentes públicos designados para desempenho das funções ditas essenciais** devem atender o disposto no artigo 7º, I, ou seja, devem ser selecionados, **preferencialmente, entre servidores efetivos e empregados públicos. Se o município não tiver condições de dar atendimento à lei, de modo justificado e fundamentado, poderá indicar temporariamente servidor comissionado que detenha todas as qualificações impostas no artigo em comento.**

O mesmo vale para o artigo 8º, especificamente para as figuras dos agentes de contratação, da comissão de contratação e dos pregoeiros, integrantes do órgão de contratação.

(ii) Se positiva a resposta anterior, nas condições atuais do quadro de pessoal que se encontra o Município e diante do interesse público revelado, poderão receber gratificação, mediante lei autorizativa?

Não, não é possível a acumulação da remuneração de cargo em comissão com gratificação por função de confiança ou com outras instituídas em razão de condições excepcionais de serviço, consoante entendimento dotado de força normativa já estabelecido por esta C. Corte de Contas no Prejulgado nº 25 (grifou-se).

Na mesma linha, entende-se que a inteligência do art. 7º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 não definiu de maneira taxativa ser apenas servidor efetivo ou empregado

público os habilitados para o exercício das funções pertinentes a execução da referida norma, mas que sejam preferencialmente, como regra geral, dos quadros permanentes da Administração Pública.

Sobre o assunto, leciona Marçal Justen Filho¹ que:

A expressão “preferencialmente” não significa a liberação da autoridade máxima (ou de quem lhe fizer as vezes) para indicar agentes públicos que não preencham os requisitos do inc. I. A Lei impõe uma preferência, a ser observada de modo objetivo e rigoroso. Ou seja, somente caberá indicar sujeito que não atenda aos requisitos do inc. I quando se verificar a inviabilidade ou a frustração da solução consagrada no dispositivo.

Ademais, não basta se tratar de servidor efetivo ou empregado público constante do quadro permanente, requer-se, além disso, que os eleitos detenham, entre outras, 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 (art. 7º, inc. II), bem como incluiu a segregação de funções, com o intuito de vedar 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 (art. 7º, § 1º).

Portanto, pode-se concluir que a nova legislação estabeleceu, como regra geral, que os agentes públicos que serão designados para atuarem nas funções essenciais de licitações e contratos deverão, preferencialmente, ser servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente.

Nada obstante, caso a entidade não possua servidores efetivos aptos a assumirem tais funções essenciais, como, por exemplo, de agente de contratação, poderão, em caráter excepcional, de forma motivada, designar servidores comissionados para exercerem tais funções, desde que estes estejam qualificados para tanto.

Nesse contexto, em linha com o que sustentou a unidade técnica, em regra, a função de agente de contratação não poderá ser ocupada por servidor de provimento de cargo em comissão, tendo em vista que o exercício da referida função, por expressa previsão legal, deve se dar entre os ocupantes de cargo efetivo ou empregados públicos.

Contudo, caso o ente possua estrutura mínima e não possua em seus quadros servidor efetivo que tenha conhecimento técnico para assumir as funções de agente de contratação, a função poderá ser temporariamente exercida por quem possa fazê-lo, mesmo não sendo servidor efetivo ou empregado público.

Assim, em caráter excepcional, nos termos da jurisprudência fixada pelo Acórdão nº 3561/23 - Tribunal Pleno, é possível admitir o exercício de referida função

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

por ocupante de cargo em comissão, quando não houver, dentre os servidores efetivos, quem possa exercê-la, desde que apresentadas as devidas justificativas e de maneira temporária.

Face ao exposto, VOTO no sentido de que a presente consulta seja conhecida e, no mérito, respondida nos seguintes termos:

1) Em regra, a função de agente de contratação não poderá ser ocupada por servidor de provimento de cargo em comissão, porque o exercício da referida função, por expressa previsão legal (artigo 8º da Lei nº 14.133/21), deve se dar entre os ocupantes de cargo efetivo ou empregados públicos;

2) Excepcionalmente, é possível admitir o exercício de referida função por ocupante de cargo em comissão, quando não houver, dentre os servidores efetivos, quem possa exercê-la, desde que apresentadas as devidas justificativas e de maneira temporária, conforme previsto no Acórdão nº 3561/23 - Tribunal Pleno - TCE/PR.

Determino, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Escola de Gestão Pública para os pertinentes registros no âmbito de sua competência, prevista pelo art. 175-D do Regimento Interno, e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em conhecer e, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

I - Em regra, a função de agente de contratação não poderá ser ocupada por servidor de provimento de cargo em comissão, porque o exercício da referida função, por expressa previsão legal (artigo 8º da Lei nº 14.133/21), deve se dar entre os ocupantes de cargo efetivo ou empregados públicos;

II - Excepcionalmente, é possível admitir o exercício de referida função por ocupante de cargo em comissão, quando não houver, dentre os servidores efetivos, quem possa exercê-la, desde que apresentadas as devidas justificativas e de maneira temporária, conforme previsto no Acórdão nº 3561/23 - Tribunal Pleno - TCE/PR.

Determinar, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Escola de Gestão Pública para os pertinentes registros no âmbito de sua competência, prevista pelo art. 175-D do Regimento Interno, e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVAN LELIS BONILHA, JOSE

DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO, IVENS ZSCHOERPER LINHARES, AUGUSTINHO ZUCCHI e o Conselheiro Substituto SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, GABRIEL GUY LÉGER.

Plenário Virtual, 15 de agosto de 2024 – Sessão Ordinária Virtual nº 15.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente