

AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).
Editora-chefe da Revista *Controle em Foco*, do MPC-MG.

Após muitas críticas ao procedimento considerado engessado da Lei n. 8.666/1993 e anos de espera para aprovação do projeto de lei, a Lei federal n. 14.133 foi promulgada no dia 1º de abril de 2021, inaugurando no ordenamento jurídico um novo diploma legal para as licitações e os contratos administrativos.

Neste breve artigo, pretende-se abordar aspectos relacionados à profissionalização dos agentes públicos, mais especificamente, do agente de contratação, tendo em vista o papel fundamental que esses atores exercem na difícil tarefa de implementação de práticas de governança nos processos de contratações públicas.

Diferentemente da Lei n. 8.666/1993, a nova lei de licitações prevê de forma expressa o princípio da segregação de funções, além de tantos outros que aparecem pela primeira vez em âmbito legal, tais como os princípios do planejamento e da segurança jurídica (art. 5º). A autoridade máxima do órgão ou entidade deverá observar o princípio da segregação de funções, sendo 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” (art. 7º, §1º).

Assim, o servidor responsável pela condução da fase externa do certame não deve atuar no controle interno, por exemplo. O princípio veda que sejam concentrados todos ou vários atos da cadeia de contratação suscetíveis a riscos em uma única pessoa, o que poderia favorecer, em tese, a ocultação de erros e o cometimento de fraudes.

A segregação de funções é, portanto, uma boa prática de governança que visa conferir transparência interna e compartilhamento de funções ao longo do processo de contratação. Para que se torne realidade na prática, é preciso que haja previsão formal das competências que cada agente público exercerá, desde a fase do planejamento até o término da execução contratual.

Dessa forma, a segregação de funções é verdadeira premissa da profissionalização que a nova lei pretende internalizar nos meandros da administração pública, devendo ser observada pela autoridade máxima do órgão ou entidade (art. 7º, §1º) e pelos órgãos de controle (art. 169, §3º, inciso II), para fins de eventual atribuição de responsabilidade.

Os servidores envolvidos no processo de contratação podem ser divididos em três grandes grupos: (i) servidores que atuam na fase preparatória da licitação; (ii) servidores que atuam na licitação propriamente dita: agente de contratação, pregoeiro, leiloeiro, equipe de apoio e comissão de contratação; e (iii) servidores que atuam na execução contratual: fiscais e gestores do contrato.

Com relação ao segundo grupo, a Lei n. 14.133/2021 estabeleceu, nos artigos 7º a 10, alguns regramentos importantes sobre o assunto. De início, dispôs que compete à autoridade máxima do órgão ou da entidade promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho de funções que preencham os seguintes requisitos: (i) sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos 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 (art. 7º, *caput*, incisos I a III).

Todos esses requisitos são essenciais para que a alta administração consiga implementar, na prática, as diretrizes de gestão por competência e governança no órgão ou entidade sob seu comando. Os requisitos *ii* e *iii*, que dizem respeito à qualificação do agente e limitações em virtude de vínculo entre agentes e licitantes ou contratados habituais, não despertam maiores controvérsias.

A preferência da lei pelo servidor efetivo – não necessariamente estável – ou empregado público dos quadros permanentes da administração (requisito *i*) se justifica pela maior possibilidade de atuação desses agentes com neutralidade e independência, sem receio de influências ou represálias que prejudiquem o bom desempenho das funções. Além disso, a designação de servidores com vínculo mais forte com a administração contribui para a construção de conhecimento e memória técnica dos órgãos públicos, o que dificilmente seria possível com a troca dos agentes públicos envolvidos na contratação pública a cada gestão.

Já no art. 8º, a lei dispôs que a licitação será conduzida por agente de contratação, que será designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração e terá as seguintes atribuições: 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. Ainda, conforme o §1º do art. 8º, 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.

O primeiro ponto que chama a atenção no mencionado artigo é a criação da figura do agente de contratação, que inexistia na legislação anterior. De acordo com a Lei n. 8.666/1993, a licitação é conduzida por uma comissão designada pela administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes (art. 6º, XVI), podendo ser comissão permanente ou especial (art. 51¹). Já na lógica do pregão (Lei n. 10.520/2002), a condução fica a cargo do pregoeiro e da equipe de apoio, cuja atribuição inclui, entre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, inciso IV).

1 Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

A figura do agente de contratação, nos dizeres de Rafael Carvalho Rezende Oliveira², representa “solução legislativa semelhante àquela adotada na Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão), que inaugurou a tendência de licitações conduzidas por órgão singular, e distinta da solução adotada na Lei n. 8.666/1993, que imputava a condução do certame à comissão de licitação”.

Observam-se similitudes entre as funções do agente de contratação e as do pregoeiro, pois ambos são auxiliados por uma equipe de apoio e possuem previsão de atuação na fase externa da licitação, a partir da publicação do edital³ até o julgamento de eventuais recursos, já que a homologação compete à autoridade superior (art. 4º, inciso XXII, da Lei n. 10.520/2002 e art. 71, IV, da Lei n. 14.133/2021).

A inovação reside no fato de que, ao agente de contratação, e não mais à comissão de licitação, compete conduzir as licitações na modalidade concorrência, enquanto o pregão continua a ser conduzido pelo pregoeiro, nomenclatura já amplamente conhecida no universo das compras públicas (art. 8º, §5º). Em concorrências que envolvam bens ou serviços especiais, a lei concedeu à autoridade competente a faculdade de substituir o agente de contratação por comissão de contratação, formada por, no mínimo, três membros (art. 8, §2º).

A comissão de contratação também é responsável por conduzir licitações na modalidade diálogo competitivo (art. 32, §1º, inciso XI) e concurso. Já o leilão, de acordo com a nova lei, poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da administração (art. 31), ou seja, não estendeu a esse servidor designado a nomenclatura de “agente de contratação”. Nada impede, entretanto, que a autoridade competente designe o agente de contratação para conduzir o leilão.

Das cinco modalidades de contratação estabelecidas na nova lei (art. 28), ao agente de contratação compete conduzir as concorrências, podendo ser substituído por comissão de contratação em se tratando de “bens e serviços especiais”, expressão utilizada para se contrapor a “bens e serviços comuns” (art. 8º, §2º).

Por sua vez, bens e serviços especiais são conceituados, pelo art. 6º, inciso XIV, como aqueles em que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, os padrões de desempenho e qualidade não podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, tais como os bens e serviços comuns. Como exemplo, temos as contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia especiais, os quais, por expressa previsão legal, não podem ser contratados via pregão (art. 29, parágrafo único).

Em apertada síntese, para contratação de bens e serviços comuns, a modalidade própria é o pregão, conduzido pelo pregoeiro, ao passo que, para bens e serviços especiais, licitados por concorrência, a condução compete ao agente de contratação ou à comissão de contratação, a critério da autoridade competente, em decisão, obviamente, devidamente motivada. Conclui-se, portanto, que o campo de atuação da nova figura do agente de contratação pode ser bem reduzido na prática, tendo em vista a possibilidade de ser substituído pela comissão de contratação.

Um segundo ponto de atenção é que, diferentemente do artigo 7º, inciso I, que estabelece a preferência pela designação de agentes públicos que sejam servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros

2 OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Agente de contratação na nova lei de licitações. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 111-125, abr./jun. 2023

3 O agente de contratação pode prestar auxílio na fase preparatória para fins de saneamento da instrução processual, não devendo ser responsável pela elaboração de estudos preliminares, projetos, anteprojetos, termos de referência, pesquisas de preços e minutas de edital, conforme art. 14, §2º e §3º do Decreto Federal n. 11.246, de 27 de outubro de 2022.

permanentes da administração para desempenho das funções essenciais à execução, o artigo 8º é taxativo quanto ao vínculo do agente de contratação: “pessoa designada pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes”.

Não há que se falar em contradição entre os artigos se consideramos que o inciso I do artigo 7º trata da regra geral, direcionada a todos os agentes públicos que desempenham funções essenciais à execução, e o art. 8º trata especificamente do agente de contratação, que, necessariamente, deve ser servidor efetivo ou empregado público permanente.

Já se discute na doutrina a abrangência do artigo 8º ao estabelecer o vínculo e as atribuições do agente de contratação, ou seja, se o comando legal seria norma geral, aplicável a todos os entes da Federação, ou, ao revés, se seria norma especial, aplicável somente à União. Apesar de o artigo 1º anunciar que a Lei n. 14.133/2021 estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas de todos os entes federativos, o velho debate entre “normas gerais x normas especiais” existente na Lei n. 8.666/1993 parece não dar sinais de trégua na vigência da nova lei de licitações.

A Constituição da República confere à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios (art. 22, XXVII).

Na busca de uma racionalidade objetiva para a distinção entre normas gerais e especiais no âmbito da Lei n. 14.133/2021, Fabrício Motta e Gabriela Pércio⁴ escrevem que, além das normas que se referem à abrangência, ao princípio e aos objetivos, “são gerais as normas da Lei 14.133/21 que integram o núcleo essencial do novo regime jurídico das contratações públicas”, ou seja, “os pilares estruturantes que dão a tônica do novo sistema e que, por isso mesmo, devem ser uniformes, não comportando variações ou adaptações para que sejam aplicadas em todos os entes da Federação”. Por outro lado, conteúdos atrelados à autonomia organizacional, típicos de atos normativos próprios, tendem a ser especiais, como o artigo 8º. Em suas palavras:

Assim se passa [...] com o art. 8º, que restringe a designação, como agente de contratação ou pregoeiro, de servidor efetivo ou empregado do quadro permanente, a despeito das diferentes realidades e da análise de eficácia da outra solução em cada caso concreto; como, novamente, o art. 8º, que fixa as competências do agente de contratação, as quais devem ser entendidas como máximas, cabendo ao estado ou município o cuidado de não as extravasarem, mas sendo-lhe possível fixar restrições, de acordo com a realidade que melhor possibilite o alcance dos objetivos.

Nesse mesmo sentido se posicionaram Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵ e Ronny Charles⁶, que sustentam o caráter específico da norma do art. 8º da nova lei de licitações, tendo em vista a autonomia dos demais entes para instituir o regime jurídico dos seus servidores e fixar suas atribuições por meio de lei.

Também entendendo pela possibilidade de designação de comissionados para a função de agente de contratação, a Consulta n. 627/2022⁷, emitida pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia: “Necessário se faz advertir que a mencionada regra não deve ser aplicada de forma irrestrita, devendo ser exigido a motivação/justificativa caso o órgão tenha que designar servidores comissionados para a função de agente de contratação (...)”. Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta

4 Motta, Fabrício; Pércio, Gabriela. Normas gerais e regulamentos na nova Lei de Licitações e contratos: da teoria à prática, 20 de março de 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/06/24/normas-gerais-e-regulamentos-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-da-teoria-a-pratica/>. Acesso em: 14 set. 2023.

5 Ibid., p. 122

6 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

7 BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. Consulta n. 627/2022. Disponível em: https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/05320e22_odt.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

n. 1.102.275⁸, afirmou ser possível a participação, em comissão de licitação ou em equipe de apoio, de servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, desde que na composição sejam atendidos os requisitos especificados em cada diploma legal.

Contudo, respeitando as opiniões em contrário, entende-se que o artigo 8º deve ser lido em uma perspectiva global considerando os objetivos e pilares de sustentação do novo marco legal das licitações e contratações públicas, entre eles, a governança e integridade, nelas incluída a profissionalização dos agentes públicos envolvidos no ciclo da contratação.

Muito se tem falado a respeito da governança e integridade na nova lei de licitação e contratações públicas. Estas, em conjunto com o planejamento e a transparência, têm sido apontadas como eixo norteador do novo e extenso marco legal das compras públicas no Brasil.

A nova lei não conceitua governança, mas, no parágrafo único do artigo 11, descreve ações de competência da alta administração que acabam por dotar o vocábulo de significado palpável no contexto das licitações e contratos públicos. Analisando tal dispositivo legal, a professora Cristiana Fortini⁹ o considera o coração da lei de licitação e contratos, o “dispositivo Sol”, pois, em suas palavras, “De uma forma ou de outra, a cada dispositivo que se examina na nova lei, voltamos ao artigo 11 e ao seu parágrafo único”. Vejamos sua redação:

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.

Existem vários fatores de implementação da governança na administração pública e um deles é justamente a exigência de que o agente de contratação seja servidor público efetivo ou empregado público dos quadros permanentes dos órgãos. Entende-se que essa condição confere ao agente, em tese, maior independência e autonomia na tomada de decisões, dificultando a formação de compadrios e favorecendo um ambiente de integridade. Não se está querendo dizer com isso que o risco de corrupção está completamente afastado, pois a história brasileira é recheada de casos dessa natureza envolvendo políticos e servidores dos mais variados vínculos com a administração, o que revela que o traço de desonestidade está na pessoa, e não no cargo que ela ocupa. Todavia, o vínculo de permanência e continuidade com a administração pode oferecer uma camada de proteção contra a malversação de recursos públicos e a ineficiência na condução do procedimento – e parece ser esse um dos objetivos da norma.

Além disso, ao exigir a designação do agente de contratação entre servidores efetivos ou empregados públicos, preocupou-se o legislador com a profissionalização do órgão responsável pelas compras públicas. É preciso investimento – leia-se: emprego de recursos públicos – em contínua capacitação dos agentes de contratação e demais servidores envolvidos no processo de contratação, o que é requisito para desempenho das funções (art. 7º, inciso II). Aliás, a nova lei conferiu expressamente a competência dos tribunais de contas, por meio de suas escolas de contas, de “promover eventos de capacitação para servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais

8 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta n. 1.102.275 – Plenário, Relator: Conselheiro-substituto Adonias Monteiro. Data da sessão: 30/03/2022. Disponível em <https://mapjuris.tce.mg.gov.br/TextualDadosProcesso/DetalhesExcerto/1102275#!>. Acesso em: 14 set. 2023.

9 FORTINI, Cristiana. O coração da lei de licitações e contratos: qual o dispositivo Sol? *Revista Consultor Jurídico*, 17 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-17/interesse-publico-coracao-licitacoes-contratos-qual-dispositivo-sol>. Acesso em: 11 set. 2023.

à execução da lei” (art. 173). O vínculo de efetividade do servidor com a administração permite que o conhecimento seja acumulado ao longo dos anos e contribui para formação da “memória” do setor de compras, o que é bastante benéfico para o interesse público e não ocorreria com a alta rotatividade que vínculos de natureza precária sugere.

Nesse sentido, a exigência de ligação mais sólida do agente de contratação com o poder público deve ser entendida como norma geral, pois é fator de implementação da governança, integridade e profissionalização – pilares estruturantes da nova lei e que devem nortear a sua interpretação – na prática cotidiana da administração pública.

Vale mencionar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Janeiro exarou a Consulta n. 251107-7/2022, Acórdão n. 91533/2023-PLENV¹⁰, relator conselheiro Christiano Lacerda Ghuerrén, sob o entendimento de que o artigo 8º veicula norma geral porque busca resguardar preceitos constitucionais da independência e imparcialidade do agente público. Da fundamentação da consulta, extrai-se o seguinte trecho:

Ao analisar as normas transcritas (arts. 6º, LX, 7º, inciso I e 8º, §3º), podemos afirmar que as normas que veiculam os requisitos para a designação de agentes públicos para o exercício das funções e, em especial, da função de agente de contratação são normas de caráter geral.

Isto porque, quando o legislador estabeleceu no artigo 8º que os agentes de contratação devem obrigatoriamente ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, enquanto que no artigo 7º estabeleceu que preferencialmente possuam tais características, denotou a opção por tais categorias de agentes públicos como forma de garantir a independência e imparcialidade que se espera para a condução dos processos e tomadas de decisão, atribuindo concreção ao disposto no artigo 37, incisos, II, V e XXI da CRFB. Ou seja, são normas gerais pelo critério da finalidade.

Sendo norma geral, o artigo 8º possui raio de incidência sobre todos os entes federativos: União, estados, Distrito Federal e municípios. Não se desconhece as dificuldades operacionais que municípios brasileiros de pequeno porte enfrentarão para cumprimento do comando legal do artigo 8º, mormente com a necessidade, agora positivada como princípio, de segregar as funções no processo de contratação. Pensando nisso, o legislador conferiu prazo alargado para os municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes cumprirem os requisitos estabelecidos no art. 7º e *caput* do art. 8º da lei (art. 176, inciso I). Esses entes terão o prazo de 6 (seis) anos a contar da data de publicação da lei, isto é, até 1º de abril de 2027, para se planejar de modo que a designação do agente de contratação para conduzir procedimentos licitatórios na modalidade concorrência recaia sobre servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes.

Também não se pode perder de vista que a Constituição da República consagra, como regra geral, o acesso a cargos públicos via concurso público (art. 37, inciso II) e, como exceção, a contratação temporária (art. 37, inciso IX) e os cargos em comissão, apenas para atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V). Por isso, não se pode normalizar a utilização de cargo em comissão para desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, conforme entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1010). É justamente o caso do agente de contratação, cujas atribuições sinalizam o caráter técnico *lato sensu*, e não de direção, chefia e assessoramento.

Com a devida vênia, o raciocínio utilizado pelos autores que entendem tratar-se o artigo 8º de norma especial, aplicável tão somente à União, levaria também à mesma conclusão com relação ao art. 7º,

10 RIO DE JANEIRO [Estado]. Tribunal de Contas. *Acórdão n. 91533/2023*, Consulta n. 251107-7/2022 – Plenário Virtual, Relator: Conselheiro Christiano Lacerda Ghuerrén. Data da sessão: 28/08/2023. Disponível em <https://www.tcerj.tc.br/documento-webapi-externo/api/documento/acordao/91533/2023?votoInteiro=true>. Acesso em: 14 set. 2023.

inciso I, que estabelece requisitos para designação dos agentes públicos que desempenharão funções essenciais, a serem escolhidos preferencialmente entre os servidores efetivos ou empregados públicos permanentes, isto é, que seria uma norma especial, não extensível automaticamente aos demais entes. Nesse raciocínio, seria possível argumentar, por absurdo, que os municípios e estados teriam autonomia para estabelecer até que todos os cargos de agentes públicos que atuam em processos licitatórios devem ser comissionados, providos por recrutamento amplo, desvirtuando, assim, toda a sistemática do Capítulo IV do Título I (Dos agentes públicos) da nova lei.

Portanto, em conclusão, entende-se que o agente de contratação é órgão unipessoal criado pela Lei n. 14.133/2021 para conduzir licitações na modalidade concorrência, com o auxílio de uma equipe de apoio, devendo ser designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração, exigência que deve ser entendida como norma geral por guardar relação e coerência com os eixos estruturantes da governança, profissionalização e integridade do novo marco legal das contratações públicas no Brasil.