

AGENTE DE CONTRATAÇÕES E SUA RESPONSABILIDADE COMO GESTOR IMEDIATO DO PROCESSO LICITATÓRIO¹

HIRING AGENT AND THEIR RESPONSIBILITY AS IMMEDIATE MANAGER OF THE BIDDING PROCESS

Jeovanne Nascimento das Neves²
Luiz Felipe de Macedo Araújo Moraes³
João Santos da Costa⁴

RESUMO: O presente trabalho busca entender a responsabilidade do agente de contratação dentro de um processo licitatório, para assegurar a melhor proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública e satisfação do interesse público. Para esse propósito, foram estudados o conceito de servidor público, seu regime jurídico e seus pressupostos de responsabilidade, assim como também foi analisado o processo licitatório antes da lei 14.133/21 e a instituição do agente contratação como gestor do processo licitatório, através de um estudo comparativo entre a lei antiga de licitações e a lei nova de licitações vigente, normas constitucionais e doutrina especializada. O método utilizado nessa pesquisa foi o dedutivo, com abordagem qualitativa, por meio de um estudo de revisão bibliográfica e análise da regulamentação de licitações. Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do agente de contratação é individual, podendo ser responsabilizado em várias esferas pela condução do processo licitatório, sendo assim prejudicial à administração pública.

1358

Palavras-Chave: Agente de contratação. Licitação. Servidor público. Responsabilidade.

ABSTRACT: The present work seeks to understand the responsibility of the contracting agent within a bidding process, in order to ensure the best proposal capable of generating the most advantageous contracting outcome for the public administration and satisfaction of the public interest. For this purpose, the concept of public servant, their legal framework, and their assumptions of responsibility were studied, as well as the bidding process before Law 14,133/21 and the establishment of the contracting agent as the manager of the bidding process were analyzed through a comparative study between the old bidding law and the current new bidding law, constitutional norms, and specialized doctrine. The method used in this research was deductive, with a qualitative approach, through a bibliographic review study and analysis of bidding regulations. It is concluded, therefore, that the responsibility of the contracting agent is individual, and they may be held accountable in various spheres for the conduct of the bidding process, thus being detrimental to public administration.

Keywords: Contracting agent Biddings. Public servant. Responsibility.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA), Teresina-PI, de junho de 2024.

² Bacharelado do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

³ Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

⁴ Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Professor e Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

1 INTRODUÇÃO

A licitação pública trata-se conhecidamente de um processo cheio de minúcias e de fases, com procedimentos bem definidos e muitas vezes até imutáveis, porém, pode apresentar no decorrer do seu trâmite muitas falhas que facilitam aos sujeitos moderadores desta a praticarem diversas irregularidades, podendo estas acontecerem não só durante, como também antes mesmo do início da licitação. Com esse intuito, a Lei 14.133/21 criou, de forma destacada, a figura do agente de contratação com o objetivo de conduzir o processo licitatório de forma mais célere e imparcial.

Nesse sentido, será tratado no presente artigo, sequencialmente, o regime jurídico do servidor público, sendo ele estatutário e celetista, como também os pressupostos de responsabilização do servidor público. Logo após, será debatido a condução do processo licitatório antes da lei 14.133/21 e a instituição do agente de contratações pela nova lei, buscando esclarecer as lacunas normativas deixadas quanto à ocupação deste cargo. Em seguida, será exposto as atribuições do agente de contratações, de forma a estabelecer o âmbito de sua atuação, como também a responsabilidade desse agente quando a condução do processo licitatório.

Desse modo, o presente trabalho tem como principal objetivo a delimitação da responsabilidade do agente de contratação no procedimento licitatório em contraponto com a atuação da equipe que o apoia. Sendo um servidor efetivo ou empregado público, é necessário delimitar o âmbito da responsabilidade no regime jurídico administrativo e as sanções aplicáveis. 1359

2 RESPONSABILIDADES DO SERVIDOR PÚBLICO: LIMITES NA DISCIPLINA NORMATIVA

2.1 Servidor público: regime jurídico que o rege

A Constituição Federal, quando promulgada em seu artigo 39, caput, trouxe o entendimento de um regime jurídico único para os servidores ingressarem na administração pública direta, autarquias e fundações públicas. Trazendo a ideia do regime estatutário, não se admitindo a contratação de empregados públicos regidos pela CLT.

Em 1998, foi publicada a emenda constitucional número 19 de 1998, onde as regras do art. 39 da constituição federal foram alteradas, possibilitando a adoção do regime celetista junto com o regime estatutário nos mesmos órgãos e entidades de personalidade de direito público.

Entretanto, a emenda constitucional n. 19/98 foi declarada inconstitucional, na data 02 de agosto de 2007, através de uma decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal federal da ADI (Ação direta de inconstitucionalidade) n. 2135. Até o presente momento não houve julgamento

do mérito dessa decisão, sendo assim, a liminar continua produzindo efeitos. A partir da concessão dessa liminar, suspendeu-se a eficácia da alteração do art. 39, caput, voltando assim a ideia do regime jurídico único e admitindo apenas o regime estatutário de servidores, na administração direta, autárquica e fundacional.

Marçal Justen Filho (2023, p. 1015) em mesmo sentido, fala sobre os efeitos do ADI n. 2135, que: “ A partir de 02.08.2007, vedou-se a criação de empregos públicos no âmbito da administração direta, autárquica e de fundações públicas com personalidade jurídica de direito público”.

Entretanto, os empregados públicos sob o regime celetista, ainda vão poder manter vínculo jurídico de trabalho com as pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, dando entendimento que o regime jurídico único (estatutário) previsto no art. 39 da Constituição Federal, abrange apenas aqueles servidores públicos da administração direta, as autarquias e fundações públicas.

Com isso, o regime jurídico dos servidores públicos, primeiramente podem ser diferenciados em duas espécies de servidores, com base no regime jurídico aplicado a eles, que decorrem do vínculo que possuem com o poder público. Os servidores celetistas mais conhecidos como empregados públicos, ingressam por meio de concurso público, mas tem um vínculo decorrente da assinatura de um contrato de emprego (são regidos pela CLT), já os servidores estatutários têm vínculo de natureza legal e todos os seus direitos e obrigações decorrem de lei.

1360

O regime estatutário prevalece na execução de atividades públicas desde a Constituição de 1988, haja vista garantir a isonomia dos servidores públicos, em aspectos como regime jurídico, remuneração e condições de ingresso.

Nesse sentido a Professora Fernanda Marinela citada por Matheus Carvalho (2018, p.789) dispõe sobre as garantias inerentes ao regime estatutário que “ esses direitos garantem aos servidores maior segurança e conforto para o exercício de suas funções, o que representa, ao menos, na teoria, uma maior eficiência, moralidade e impessoalidade nos serviços públicos”

Com isso, demonstra que os servidores estatutários têm uma segurança constitucional, para que seus direitos não sejam violados e que com isso, tem se uma preocupação de assegurar os seus direitos e obrigações em diversos aspectos da relação funcional entre servidor público e administração pública. Desse modo é importante ressaltar que os servidores públicos estatutários são submetidos a um regime disciplinar fundado na hierarquia. Além disso, na relação com a Administração, os servidores assumem uma posição diferenciada, regida por deveres e proibições

que norteiam essa relação hierarquizada. Tem, assim, o servidor o dever de obediência às ordens legais de seus superiores e uma conduta ética dentro da administração pública, não ferindo assim o princípio constitucional da moralidade administrativa.

São duas as principais características do regime estatutário, a primeira é a natureza da relação jurídica estatutária. Essa relação não tem natureza contratual, inexistente contrato entre a Administração Pública e o servidor estatutário. Nesse tipo de relação jurídica não contratual a união das vontades que conduz o exercício da função pública leva em conta fatores de direito público como o provimento do cargo, a nomeação, a posse, e outros. A outra característica é a da pluralidade normativa, indicando que os estatutos funcionais são múltiplos.

José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.1102) diz que: “ Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter a sua lei estatutária para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes.

Portanto, pode haver estatuto funcional para cada ente da administração pública direta, cada um com sua autonomia em relação aos demais, podendo organizar seus serviços e servidores.

O regime jurídico celetista, que é aquele, que rege a contratação de empregados sob o regime da CLT para a prestação de serviços na Administração Pública, que fica limitado aos entes de direito privado como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Além disso, esse regime interessa a figura do agente de contratação, devido ao fato do mesmo poder ser um empregado público, regido pela CLT. Entretanto as estatais (empresas públicas e as sociedades de economia mista) não se submetem ao regime da Lei 14.133/21.

1361

Esses servidores celetistas têm vínculo permanente com o Estado, por tempo indeterminado, sendo aplicados a eles o regime da CLT. A esses servidores não são disponibilizadas as mesmas prerrogativas constitucionais e legais como os servidores estatutários.

As características desse regime são contrárias às do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pela natureza da relação jurídica entre o servidor celetista e o Estado, que essa relação é contratual. Com isso vai haver um contrato de trabalho entre as partes. A outra característica desse regime é a unicidade normativa, o conjunto das normas reguladoras seguem um mesmo dispositivo normativo, a CLT.

Apesar de regimes jurídicos diferentes, o regime estatutário e celetista, possuem pontos em comum, os dois são proibidos de acumularem cargos ou empregos públicos como dispõe o art. 37, XVII, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Os servidores dos dois regimes, devem submeter-se a concurso público de provas ou de provas e títulos para a celebração do contrato de emprego e conseqüente criação de vínculo com o poder público, conforme art. 37, II, da Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Com isso, a estabilidade é uma prerrogativa constitucional conferida aos servidores públicos, que possuem cargos efetivos, que passaram por concurso público de provas ou provas de título, de permanência no serviço público. Sob efeito, que após a garantia dessa estabilidade, o servidor público só poderá perder o cargo nas hipóteses definidas na constituição. 1362

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Entende-se então, que a estabilidade constitucional, não poderá ser adquirida por empregados públicos que são aqueles regidos pela CLT, e também não está previsto para aqueles que ocupam cargo em comissão, isso porque como foi visto no artigo disposto acima apenas servidores públicos de cargo efetivo possuem direito a essa estabilidade. Para a garantia dessa estabilidade dois requisitos são indispensáveis, sendo eles: 3 (três) anos de efetivo exercício em cargo efetivo e aprovação em avaliação especial de desempenho, por comissão instituída para essa finalidade.

Portanto, o agente de contratação, podendo ser um servidor efetivo ou um empregado público dos quadros da administração pública, ele poderá ser regido, pelo regime estatutário, quando o mesmo for servidor efetivo, seguindo assim estatutos ou leis específicas para servidores públicos que mudam de acordo com seu nicho de atuação, um exemplo, (a lei 8.112/90 que rege os servidores públicos da união, das autarquias e fundações públicas federais). Também poderá ser regido pelo regime celetista que vai seguir a CLT, quando o agente de contratação for um empregado público.

Entende-se que o agente de contratação, podendo ser regido por esses regimes jurídicos, tem deveres como requisitos para o bom desempenho do seu encargo, como seguir os princípios licitatórios, para uma boa condução do processo de licitação, assim como direitos e garantias constitucionais que esse servidor público possui, como direito ao contraditório e ampla defesa quando responsabilizado em processo administrativo, por algum ato ilícito dentro do certame licitatório.

2.2 Responsabilidade civil do servidor público: limites e pressupostos

De acordo com a lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da união, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu art. 122, caput, “ A 1363 responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo que resulte em prejuízos ao erário ou a terceiros”. Demonstra a imputação ao servidor público de reparar o dano causado à Administração pública ou a terceiros em decorrência de pressupostos de responsabilidade.

Apesar da lei supracitada regulamentar os servidores públicos da união, autarquias e fundações públicas federais, a regra da responsabilidade civil e demais responsabilidades, atingem os demais servidores públicos sejam eles servidores públicos estatutários ou celetistas.

José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.1.359) diz que: “ a responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico que se consuma”

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, entende-se que a responsabilidade do servidor público, se origina de uma conduta ilícita, podendo ela ser civil, mas também podendo adentrar outras esferas do direito, e essas responsabilidades vão ser de início independentes umas das outras.

Para que possa configurar essa responsabilidade civil, pressupostos são exigidos, como: conduta comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa; dano material ou moral podendo ser para o Estado ou terceiros, e o nexo de causalidade entre conduta e dano causado.

A conduta comissiva ou omissiva é a conduta humana que viola as normas jurídicas vigentes em uma sociedade. Já a conduta culposa ou dolosa verifica-se a intenção do servidor em causar o dano, quando se tem a intenção de causar o dano tem-se a ideia do dolo, quando servidor age com imprudência, negligência e imperícia vem a ideia de culpa.

De acordo com Odete Medauar (2011, p.321), “para que o servidor possa ser responsabilizado e obrigado a pagar o prejuízo, é necessário comprovar seu dolo (teve intenção de lesar ou assumiu esse risco) ou sua culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

O dano ele pode ser material ou moral, material no sentido de prejuízo no patrimônio da pessoa e moral quando há a violação da honra ou imagem de alguém. Esse dano pode ser contra o Estado e sendo servidor estatutário, sua responsabilidade é apurada pela própria administração pública, por meio de processo administrativo, rodeado de garantias do servidor.

Quando o dano for causado em terceiros, segue a norma do art.37, parágrafo 6º, da Constituição Federal que diz que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

1364

Entende-se que a vítima (terceiro) cobra o Estado (responsabilidade objetiva) e o Estado pode cobrar (direito de regresso) contra o servidor público (responsabilidade subjetiva).

O nexo de causalidade expressa ligação entre a atividade do Estado/Servidor Público e o dano produzido ao administrado. No Brasil adota a teoria da causalidade adequada, onde o Estado responde desde que a conduta do seu servidor tenha sido determinante para o dano causado ao terceiro. Entretanto, interrompe-se o nexo causal e, portanto, exclui a responsabilidade do servidor público/ Estado, toda vez em que a atuação do servidor público não é suficiente por si só para causar o dano reivindicado. Portanto, podem ser apontadas como excludentes de responsabilidade do servidor e do nexo causal, o caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima.

Constata-se, enfim, que a responsabilidade civil do servidor público é a obrigação de reparar dano causado ao Estado ou terceiro em consequência dos pressupostos de

admissibilidade, já expostos como: conduta,nexo de causalidade e dano, sendo a comprovação desse dano de extrema importância para a configuração da responsabilidade civil do servidor. Além disso, a responsabilidade civil é independente das outras, podendo o servidor ser responsabilizado em mais de uma esfera do direito, podendo assim ter acúmulo de sanções.

3 A LEI 14.113/21 COMO ASPECTO INOVADOR NO ÂMBITO LICITATÓRIO

3.1 Condução do processo licitatório antes da lei 14.133/21

Prevía a revogada lei nº 8.666/93, a instituição de uma comissão para a sua condução, composta por pelo menos 3 (três) servidores, podendo a administração pública nomear uma comissão permanente (integrante da estrutura fixa do órgão ou entidade), ou, nos casos de órgãos que licitam apenas esporadicamente, nomear uma Comissão temporária (designada para determinada licitação, dissolvendo-se ao fim desta).

Contudo, a participação de cada membro da comissão permanente não poderia exceder a um ano, sendo vedada a recondução da totalidade dos seus membros para a mesma comissão no período subsequente, onde a mudança de um dos membros, já correspondia a configuração de uma nova comissão.

É importante salientar ainda que, os membros das comissões de licitação respondem solidariamente e por todos os atos praticados pela comissão, salvo se a posição individual que fosse divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tivesse sido tomada a respectiva decisão.

1365

Estabelecia ainda a Lei 8.666, de 21 de julho de 1993 sobre comissão de licitação:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

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.

Assim, as licitações públicas antes da nova lei, era conduzida por essa comissão que, de forma direta, tratava de conduzir todas as etapas do certame e decidir as questões que lhes são pertinentes, tais como a habilitação/inabilitação de licitantes e a classificação/desclassificação das propostas dos licitantes habilitados e reconsiderar, se for o caso, tais decisões, caso haja interposição de recursos à autoridade competente para julgá-los, dentre outras funções.

Entretanto, embora algumas das atividades desempenhadas pela comissão fossem comuns a todos os membros, alguns atos eram específicos do seu presidente, como o exemplo da condução dos trabalhos, da abertura das sessões públicas, da proclamação dos resultados, razão pela qual era necessário que houvesse a expressa designação deste e do seu vice-presidente, para a eventual necessidade de substituição do presidente em suas ausências ou impedimentos, da mesma forma que é recomendável a nomeação de suplentes que atuarão quando for necessária a substituição de um dos membros efetivos da comissão, o que evita a paralisação dos trabalhos.,

Nesse sentido, José Calasans Junior entende que:

Ao atribuir a um colegiado (comissão) a tarefa de julgamento das licitações (tal como estatuído na Lei 8.666, art. 51), o legislador nacional pretendeu, a um só tempo, atender ao princípio da impessoalidade, que a Constituição Federal impõe aos órgãos da Administração Pública (art. 37), como prevenir a influência dos administradores na “escolha” daqueles que serão contratados para realizar as obras, os serviços e os fornecimentos, assim minimizando a subjetividade do julgamento unipessoal. Bem por isso, o julgamento feito pela comissão, quanto às propostas, tem caráter vinculante para o administrador público, iii) que não poderá modificá-lo. (Calasans Júnior, José. 2021, pág. 94).

Por conseguinte, seguindo o pensamento de Calasans, a distribuição de funções e poderes dentro da condução do processo licitatório traz consigo o equilíbrio no qual propõe o art. 37 da Constituição Federal ao elencar princípios a serem seguidos, de forma que os membros tenham plena autonomia e não sofram influência daqueles que o indicaram, prejudicando assim o certame. 1366

Além disso, diferente do que ocorria nas demais modalidades de licitação, o pregão, instituído pela lei 10.520 de 10 de julho de 2002, não é conduzido por um órgão colegiado, mas sim por uma autoridade singular – o pregoeiro, figura não alterada pela lei 14.133/21, continuando vigente até o presente momento.

Dessa forma, ao colocarmos a lei 8.666/93 em paralelo com a atual lei 14.133/21, tem-se a ideia de que, ao singularizar a condução do processo licitatório, retirando a atuação conjunta de uma equipe responsável por tomar decisões colegiadas e compartilhadas entre si, afeta diretamente o caráter impessoal e isonômico da licitação, podendo haver margem para possíveis irregularidades no processo, tendo em vista a grande influência de um único servidor.

3.2 A instituição do agente de contratação à frente do processo licitatório

A vigente lei de licitações carrega diversas inovações que regulamentam tanto as modalidades do processo, como também o agente condutor deste certame. Assim, a figura do agente de contratações foi instituída nos termos do disposto no art. 6º, LX da lei 14.133/21, sendo

“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”.

Nesse sentido, para Heinen (2024, p.1216) “ O legislador procurou profissionalizar as funções desempenhadas no âmbito das licitações e contratos administrativos”

Sob esse aspecto, acreditou o legislador que, ao estabelecer a indicação de servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração, conseguiria uma melhor imparcialidade por parte do condutor, como também, gozariam estes de estabilidade para o exercício de suas funções, evitando assim, privilégios indevidos que contaminasse o processo.

Por outro lado, José Calasans Junior entende que:

Ao estabelecer, como regra, que as licitações sejam conduzidas por um agente de contratação (apenas nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais é admitida a substituição do agente de contratação por comissão formada por, no mínimo, três membros (§ 2º do art. 8º), a Lei 14.133/2021 fragiliza a observância do princípio constitucional da impessoalidade, deixando aberta a possibilidade de aquele agente, “influenciado” pela autoridade que o designou, indicar para ser contratada pessoa ou empresa dá preferência do administrador público. (Calasans Júnior, José., 2021, pág. 95).

Sob esse contexto, o agente ficaria vinculado a pessoa que o indicou, prevalecendo os interesses deste em detrimento da administração pública. Assim, não só a imparcialidade estaria sendo contrariada, como também todos os princípios elencados no *caput* do Art. 37 da CF/88, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. 1367

Ainda sob essa ótica, é necessário que seja observada a estabilidade do agente quanto a sua atribuição no processo licitatório, tendo em vista que própria Carta Magna em artigo 41 estabelece que a estabilidade corresponde ao cargo de provimento efetivo, assim, não se abrangendo, no entanto, a sua indicação, pois esta embora deva seguir os requisitos da lei, é de livre nomeação e exoneração. Logo, não há como garantir a estabilidade dessa figura sem que seja expresso pela legislação e sem que haja nesta os ditames e formas na qual isso se dará, ficando essa figura, inevitavelmente, diretamente ligada à pessoa que o indicou.

Contudo, encontra-se a administração pública sob um grande dilema, onde, indicar-se-á um único servidor com a atribuição de gerir o processo licitatório, estabelecendo critérios para sua escolha conforme preceitua a nova lei, ou fazer a distribuição de competência para uma comissão, de forma que as atribuições sejam repartidas, sem que se vinculem a aquele que os indicaram conforme estabelecia a antiga lei.

Por consequência, questiona-se se seria a criação de um cargo público de provimento específico necessário para sanar as lacunas deixadas pela nova lei, visto que a ocupação do cargo por indicação pelo servidor efetivo ou empregado público só se faz mediante a sua aceitação. Logo, diante da complexidade das atribuições do cargo, como também das responsabilidades dada à finalidade de suas funções, surge a incerteza de que o servidor aceitará tal proposta sem vincular-se à pessoa da indicação de alguma maneira.

Por outro lado, há a possibilidade de que sempre que ocorra a alternância de poder, ocorra também a modificação do agente de contratação, como vemos na maioria dos casos de servidores comissionados. Assim, nunca haveria um profissional capacitado, técnico e muito menos imparcial, cabendo ao ente público novamente treinar e capacitar servidores para a condução dos procedimentos licitatórios, como também a ausência de continuidade dos trabalhos prestados, havendo assim sempre uma quebra de acordo com a mudança de mandato do gestor eleito.

4 AS ATRIBUIÇÕES DADAS AO AGENTE DE CONTRATAÇÕES E SUA RESPONSABILIDADE COMO GESTOR IMEDIATO DO PROCESSO LICITATÓRIO

4.1 As atribuições do Agente de Contratações na nova lei de Licitações

A lei 14.133/2021 instituiu a figura do agente de contratação, trata-se de uma grande inovação na condução do processo licitatório, já que no plano da lei 8.666/93, como já visto anteriormente, as licitações eram conduzidas por uma comissão de licitação formada por no mínimo 3 (três) membros tornando assim as decisões da licitação pluripessoal. Mas, com a nova regulamentação, as licitações, irão ser conduzidas, principalmente, por um único gestor, fazendo com que a natureza decisória da licitação seja unipessoal.

O agente de contratação é responsável por acompanhar o curso da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação como dispõe o caput do art. 8º da lei 14.133/21.

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.

As atribuições do agente de contratação são legalmente fixadas, que vai da condução do processo até a homologação do certame, demonstrando assim participação na fase externa do processo licitatório. Apesar de suas principais atribuições serem na fase externa do processo, o

agente de contratação pode colaborar na fase de planejamento do certame licitatório, podendo fornecer informações relevantes para melhoramento deste.

A vista disso, entende Heinen (2024, p. 122) que o Agente de Contratação deverá ter uma espécie de poder de polícia sobre o certame:

O agente de contratação deverá ser o gestor do certame e ter uma espécie de poder de polícia sobre ele. Especificamente, tomará decisões em favor da boa condução da licitação, incluindo o saneamento de questões. (HEINEN, 2024, p.122)

Desse modo, de forma mais objetiva, incumbirá ao agente de contratação: conduzir sessão pública; verificar a conformidade das propostas em relação aos requisitos no edital; coordenar a sessão pública e o envio de lances; verificar e julgar as condições de habilitação; receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão; indicar o vencedor do certame; conduzir o trabalho da equipe de apoio; encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade competente e propor a adjudicação e homologação.

Com isso a lei 14.133/2021 traz requisitos para o agente de contratação, além de ser preferencialmente servidor efetivo, o servidor público deverá para ser designado agente de contratações, ter atribuições relacionadas a licitações e contrato, ou seja possuir experiência profissional no processo de contratação pública; ou possuir formações compatíveis com a atividade, com isso a formação desse agente de contratação deve ser conciliável com as atividades atribuídas ao agente de contratação, que vai da condução do certame até a homologação; ou ser detentor de qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo, criada e mantida pelo poder público.

1369

Nessas atividades atribuídas ao agente de contratação, o mesmo será auxiliado por uma equipe de apoio, que são formados por diversos agentes públicos, onde essa equipe só se responsabilizará, se induzir o agente de contratação ao erro. Portanto tendo papel fundamental na eficiência e transparência do processo licitatório dirigido pelo agente de contratação.

Diante disso entende-se que o agente de contratação executa atividades necessárias para a boa condução do processo licitatório, devendo esse servidor público, ter requisitos profissionais de excelência para ser designado um agente de contratação, sendo auxiliado por uma equipe de apoio que vai agir, para que esse processo licitatório seja confiável, transparente e eficiente para o interesse público.

4.2 A responsabilidade desse personagem como gestor imediato da licitação

A palavra responsabilidade tem como significado “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”. Assim, dispõe o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Nesse sentido, segundo Di Pietro (2023), o dolo consiste na intenção de praticar ato ilícito, e o erro grosseiro consiste naquele que não se admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência, como a aplicação de dispositivo legal já revogado ou decisão em afronta a súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa.

Além disso, para que seja pressuposta a responsabilidade do agente público, ressalvada sua característica subjetiva onde basta demonstrar o dano provocado pelo agente e o nexo causal, deve haver a comprovação dos seguintes elementos: conduta ilícita; dano ou resultado ilegítimo e nexo de causa entre a conduta ativa e o resultado ou dano.

No entanto, para que haja a melhor delimitação da responsabilidade do Agente de Contratações, é de suma importância que haja uma melhor definição das atribuições de cada personagem que participa da condução do certame. Pois, com esta definição, pode ser apontada diretamente de onde veio tal decisão sobre o ato do processo, tendo em vista o rol de atribuições de cada figura.

1370

Ademais, prescreve o artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos que, o agente será auxiliado por equipe de apoio, porém responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe. Desse modo, a responsabilização recairá, exclusivamente sobre o gestor da licitação, muito embora entenda-se que as atribuições deste e de sua equipe se entrelaçam e em muitos momentos pareçam uma só, observado que essas figuras podem se substituir em alguns casos específicos segundo a nova lei.

No entanto, prevê ainda a lei 14.133/21 em seu art. 10 uma regra inovadora, onde a representação de autoridades competentes e servidores públicos no âmbito do processo de responsabilização em que a decisão que gerou o processo seja fundamentado em parecer jurídico nos moldes do art. 53 do mesmo instituto normativo, a advocacia pública deverá promover, a critério do agente público, sua defesa judicial ou extrajudicial.

Sob esse prisma, esclarece ainda Marcilio da Silva Ferreira Filho (2022, p.65), que “essa regra se aplica, inclusive, no caso de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado. ”

Ainda assim, é considerável se observar que, em uma hipótese fática, o agente não deveria ser responsabilizado por um documento confeccionado pela equipe que o apoia. Contudo, pela ordem do processo e pela hierarquia do certame, esse documento precisa, necessariamente, de sua aprovação, causando assim uma confusão acerca de quem de fato deve ser responsabilizado.

Cabe ainda destacar que, a nova legislação traz consigo o princípio da segregação de funções, que embora existisse de forma implícita em alguns âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro, nunca foi destacado desta forma, trazendo assim, diretamente, a ideia de enquadramento e funções definidas para cada servidor público atuante ao longo do processo licitatório.

Assim, para Juliano Heinen (2024, p. 57), o legislador pretende que, as atribuições de cada fase do processo sejam exercidas por autoridades públicas diferentes, com a finalidade de se poder corrigir erros, evitar fraudes, minimizar o conflito de interesses e ampliar o controle mútuo.

Por conseguinte, com base no princípio acima supracitado, é possível viabilizar e 1371
delimitar a atuação dos servidores atuantes ao longo da licitação, de forma que, o processo possa ser desmembrado em partes e fique a encargo de uma autoridade o seu bom andamento e possíveis responsabilidades em caso de irregularidades.

Não obstante, há de se observar a semelhança da figura do agente de contratações e um servidor comum em cargo comissionado, tendo em vista a livre nomeação embora vinculada a critérios específicos previstos em lei, mas que fica a critério do gestor público para tal, podendo este exonerar podendo o servidor ser exonerado independente de qualquer justificativa de motivação.

Logo, por se tratar de norma jurídica ainda em fase de adaptação no âmbito doutrinário e ainda sem precedentes, as lacunas deixadas pelo instrumento normativo ainda são uma incógnita quanto a sua aplicabilidade. Podendo esta ser submetida a um novo entendimento jurisprudencial ou submetido a aplicação analógica de conceitos, reforçando assim entendimentos já existentes em outras áreas do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi exposto ao decorrer do texto, a figura do agente de contratações foi instituída para substituir a comissão de licitações na gestão imediata do processo licitatório, sendo este agora responsável pela tomada de decisão, acompanhamento do trâmite do processo, dando impulso no andamento da licitação. E, nesse sentido, este artigo se propôs a contextualizar a relação dessa figura, com as suas atribuições e responsabilidades que, outrora compartilhadas por um grupo, agora responderá individualmente.

É claro que, a indicação do agente de contratações é seguida com base em diversos critérios claros estabelecidos pela lei. Contudo, o principal desafio relaciona-se ao conflito gerado pelos interesses que rodeiam o processo licitatório, onde haverá ou não a vinculação do indicado à pessoa que o indica, como também a falta de estruturação que há para o cargo em questão.

Diante disso, observa-se que deverá haver a implementação de leis específicas complementares, aliada à contribuição dos órgãos de controle, de forma a preencher as lacunas deixadas pelo instrumento normativo, como também se desenvolver a qualificação necessária a esse profissional.

Além disso, o agente de contratação poderá ser responsabilizado na esfera cível, administrativa e penal de acordo com sua conduta ilícita e em qual nicho do direito essa conduta se consumir, sendo o agente de contratação regido pelo regime estatutário ou celetista de acordo com a natureza jurídica do servidor público escolhido pela autoridade competente.

No entanto, o desafio em questão é atingir a imparcialidade para um cargo por indicação, e ao mesmo tempo, preservar a moralidade e eficiência da licitação, de forma a promover a justa competição e o melhor interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 30/10/2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm > Acesso em 17/10/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135 Distrito Federal. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO [...]. Relator: Min. Néri da Silveira, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=adi+2135> > Acesso em: 04 de junho de 2024.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DE MORAES, Alexandre Nunes. **Nova Lei de Licitações Comparada Artigo por Artigo**. São Paulo: Imperium, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FILHO, José Dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FILHO, Marcílio da Silva Ferreira. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GUIMARÃES, Edgar. Et al. **Manual de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, 1º de abril de 2021**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14133/21**. 4ª. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

JUNIOR, José Calasans. **Manual da Licitação: com base na Lei nº 14.133, 1º de abril de 2021**. 3ª Edição. Barueri (SP): Atlas, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Agente de Contratação**. Blog da Zenite, 2021, Disponível em: <https://zenite.blog.br/agente-de-contratacao/>. Acesso em: 16/03/2024.