

Somente servidor efetivo ou empregado público poderá conduzir licitações pela Lei nº 14.133, de 2021?

Ronaldo Corrêa
@ronaldocorrea.rc

Servidor público federal com atuação na área de logística pública na Polícia Federal e na Controladoria-Geral da União. Docente, articulista e contudista. Graduado em Logística e pós-graduado em Direito Administrativo e Gestão Pública. Moderador da comunidade Nelca de Compradores Públicos desde 2010.

1 – INTRODUÇÃO

Ao prever que o Agente de Contratação será designado pela autoridade competente, "*entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública*"¹, a Lei nº 14.133, de 2021, causou até uma certa perplexidade em muitos compradores públicos, ocupantes de cargos comissionados e agentes públicos em geral, que atuam nas contratações públicas, mas não são servidores efetivos e nem empregados públicos do quadro permanente da Administração. Tal temor ocorre principalmente nos municípios e entidades da administração indireta, onde é comum haver cargos comissionados na área de licitação.

Mas será que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (DLCA) de fato proíbe totalmente que estes agentes públicos atuem nas contratações públicas por ela regidas? É o que irei abordar no presente ensaio, na intenção de fomentar a discussão e o amadurecimento do assunto.

¹ Lei nº 14.133, de 2021 - 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.

2 – DO AGENTE PÚBLICO

A LLCA define agente público como sendo o "*indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública*"². Portanto, admite-se diversas formas de investidura ou vínculo, não limitando-se a conceitos como o de cargo público, previsto por exemplo no regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Lei nº 8.112, de 1990

Art. 3º - Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

A nova lei de licitações define que o agente público pode, inclusive, assumir posição de autoridade³, quando dotado de poder de decisão. E quanto às suas atribuições, define que elas envolvem o desempenho das funções essenciais à execução da lei⁴. Ou seja, os diversos agentes públicos do órgão atuarão, cada um a seu tempo e modo, desde a etapa de planejamento da contratação, passando pela seleção do fornecedor - que é a licitação propriamente dita -, até a etapa do acompanhamento e fiscalização da execução do contrato.

² Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

V - agente público: indivíduo que, em virtude de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, exerce mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública;

³ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

VI - autoridade: agente público dotado de poder de decisão

⁴ Lei nº 14.133, de 2021 - 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:

3 – DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO

Mesmo que a nova lei de licitações por um lado admita diversas formas de investidura ou vínculo, no mesmo Capítulo IV, que trata dos agentes públicos, ela define que a condução da licitação será realizada pelo Agente de Contratação, que somente poderá ser designado entre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente.

Lei nº 14.133, de 2021

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

LX - 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.

Creio que não restem muitas dúvidas de que, especificamente no caso do Agente de Contratação, mesmo que se trate de uma espécie de agente público, seria irregular a designação como Agente de Contratação, de pessoas que não sejam servidores efetivos, ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública.

Frise-se ainda que ao definir as competências básicas do Agente de Contratação, a nova lei de licitações deixa patente que a atuação dessa espécie particular de agente público se limita à condução da licitação, podendo, no entanto, incluir quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame, até a homologação⁵. Ou seja, são atribuições bem mais limitadas do que as do agente público lato sensu.

⁵ Lei nº 14.133, de 2021 - 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.

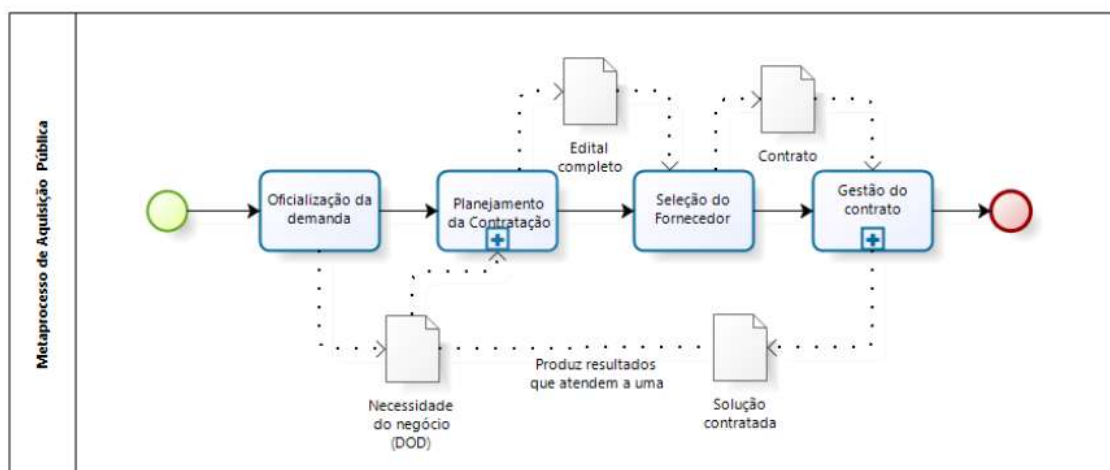
SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?

Ronaldo Corrêa

Mesmo que a lei não defina expressamente os conceitos de licitação e de certame, ou de processo licitatório, não é difícil concluir que tal conceito não abrange a etapa de planejamento da contratação, [como assevera o professor Victor Amorim](#)⁶:

"na dicção da Lei nº 14.133/2021, a 'fase preparatória' antecede o próprio 'processo licitatório', não podendo, por decorrência lógica, ser considerada como integrante do "processo licitatório" propriamente dito"

Tal forma de análise alinha-se ao conceito de Macroprocesso de Aquisição Pública (MAP), adotado no documento Riscos e Controles nas Aquisições (RCA)⁷, editado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2014 e amplamente adotado em diversos estudos e normativos infralegais desde então. O RCA estrutura o MAP em três etapas distintas e claramente identificáveis, a saber: planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato.



Importante observar que, se por um lado as competências do Agente de Contratação não envolvem a etapa do planejamento da contratação ou fase interna, verificamos também que a própria lei delimita que sua atuação vai somente até a homologação do certame, que é o ato formal que marca o fim da

⁶ ENFIM, QUEM É O “AGENTE DE CONTRATAÇÃO”?, disponível em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17556&n=enfim,-quem-%C3%A9-o-%E2%80%9Cagente-de-contrata%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D (acessado em 03/05/2021).

⁷ Disponível em <http://www.tcu.gov.br/arquivosrca/ManualOnline.htm> (acessado em 03/05/2021). licitacaocontrato.com.br

etapa de seleção do fornecedor⁸ ou licitação propriamente dita, não abrangendo as atribuições relativas à etapa de contratação ou gestão do contrato.

4 – DAS COMISSÕES DE CONTRATAÇÃO

No extenso rol de definições trazido pela nova lei de licitações, consta que a Comissão de Contratação é o "*conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares*".

Se aplicarmos aí o conceito de agente público, já delineado no início do presente ensaio⁹, podemos concluir que, na constituição da Comissão de Contratação, não se exige que a designação recaia obrigatoriamente sobre servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da Administração.

Bastaria que o integrante da Comissão de Contratação tenha sido eleito, nomeado, designado, contratado ou possua qualquer outra forma de investidura ou vínculo, configurando mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública.

5 – DA CONDUÇÃO DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO

Em que pese a definição legal do conceito de Comissão de Contratação indicar que ela tem a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares, é necessário observar que ela somente poderá substituir o Agente de

⁸ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

⁹ Vide Art. 6º, V da Lei nº 14.133, de 2021.

SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?

Ronaldo Corrêa

Contratação quando se tratar de licitação que envolva bens ou serviços especiais.

Importante observar ainda que a modalidade pregão é de uso obrigatório para a licitação de bens e serviços comuns, não podendo a princípio ser utilizada para bens e serviços especiais¹⁰. Assim, conclui-se pela impossibilidade da Comissão de Contratação conduzir o pregão, em substituição ao Agente de Contratação, já que tal possibilidade só existe quando se tratar de licitação para bens ou serviços especiais, que por sua vez não poderiam ser licitados por pregão.

Observamos que 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 a nova lei de licitações, ainda serão estabelecidas em regulamento¹¹. No entanto, a própria lei já fixou que o Agente de Contratação responsável pela condução do certame será denominado pregoeiro, e responderá individualmente pelos atos que praticar, não podendo o regulamento alterar tal definição legal. E isto a meu ver só reforça o afastamento do uso da Comissão de Contratação no Pregão.

Como o Agente de Contratação será em regra servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública, a

¹⁰ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

XIV - bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade e complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do **caput** deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

Art. 29, Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a [alínea "a" do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei](#).

¹¹ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 8º, § 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.

SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?

Ronaldo Corrêa

condução do pregão ficaria, portanto, restrita a essa categoria de agentes públicos, não podendo a princípio ser desempenhada por ocupante de cargo comissionado, por exemplo. No entanto, por se tratar de assunto afeto às atribuições de cargos e empregos públicos, penso que ainda veremos muitas discussões antes da pacificação do tema, especialmente no que se refere ao caráter de norma geral ou não de tais dispositivos¹².

6 – DA CONDUÇÃO DA LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA

O Pregão e a Concorrência seguem o rito procedimental comum¹³, no que diz respeito às fases do processo de licitação e à sequência delas. Assim, diferentemente do que se observa na Lei nº 10.520, de 2002, e na Lei nº 8.666, de 1993¹⁴, na nova lei de licitações estas duas modalidades assemelham-se enormemente, ao ponto de quase se confundirem.

No entanto, no que se refere aos objetos licitados, tanto o pregão não permite a licitação de bens e serviços especiais¹⁵, quanto ele é de uso obrigatório quando se tratar de bens e serviços comuns¹⁶. Já a Concorrência, em que pese ser aplicável também no caso particular dos serviços comuns de engenharia¹⁷, será adotada sempre que o Pregão não for aplicável, como é o

¹² Acerca de tais discussões, veja, por exemplo, o que assevera o professor Marçal Justen Filho quanto ao caráter “não-geral” do Art. 59: “A União não pode usurpar competência constitucional dos demais entes federativos”. QUANDO A LEI 14.133/2021 ADQUIRIRÁ EFICÁCIA?, disponível em <https://justen.com.br/pdfs/170/MJF-Vigencia%20da-Lei-14133.pdf> (acessado em 03/05/2021)

¹³ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o [art. 17 desta Lei](#), adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

¹⁴ Para fins de comprovação das diferenças nos ritos procedimentais do pregão e da Concorrência, compare-se por exemplo os artigos [17, I](#); [18](#); [19, III](#); [21](#); [22, §1º](#); [23, I, c](#)), [II, c](#)) e [§§ 3º, 4º e 5º](#); [41, §2º](#); [42, 43](#) e [114](#) da Lei nº 8.666, de 1993 e os artigos [1º a 6º](#) e [8º](#) da Lei nº 10.520, de 2002;

¹⁵ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 28, Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a [alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei](#).

¹⁶ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

¹⁷ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser licitacaocontrato.com.br

SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?

Ronaldo Corrêa

caso das contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, e de obras e serviços de engenharia não comuns¹⁸.

Na condução de licitação que envolva bens ou serviços especiais, obedecidos os requisitos estabelecidos para a designação de agentes públicos, a Comissão de Contratação poderá substituir o Agente de Contratação¹⁹. Neste caso, aplica-se exclusivamente a modalidade Concorrência.

7 – CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

É importante destacar que, para os municípios com menos de vinte mil habitantes, a nova lei de licitações prevê um período maior de adaptação às referidas regras de designação de Agente de Contratação e Pregoeiro.

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](#);

Destaque-se ainda que, no que se refere aos municípios com até vinte mil habitantes, a lei fixa um prazo de seis anos²⁰ para a implementação dos ajustes trazidos pela nova lei de licitações relativos à/ao:

- promoção da gestão por competências;

¹⁸ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 29, Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a [alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei](#).

¹⁹ Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 7º, § 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.

²⁰ Lei nº 14.133, de 2021 - 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](#);

- atendimento dos requisitos para designação de agentes públicos e agentes de contratação;
- observância do princípio da segregação de funções; e
- regulamentação das 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.

E, por fim, é importante anotar que, assim como ocorreu com as normas gerais de licitação vigentes antes da nova lei de licitações, há uma discussão em andamento sobre quais dispositivos da Lei nº 14.133, de 2021, configuram de fato norma geral de licitação, e quais poderiam ser considerados como norma federal, aplicável somente à União²¹. É um tema que ainda demandará muita análise e que só se definirá em caráter terminativo com a manifestação formal de órgãos como o STF e os tribunais de contas. Até que isto ocorra, penso ser prudente considerar toda a nova lei de licitações como norma geral de licitação, vinculante para a Administração Pública como um todo.

8 - CONCLUSÕES

O conceito legal de agente público engloba qualquer pessoa natural que tenha sido eleita, nomeada, designada, contratada ou possua qualquer outra forma de investidura ou vínculo, configurando mandato, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante da Administração Pública. Sua atuação visa garantir o desempenho das funções essenciais à execução da lei.

²¹ A discussão deve-se ao que fixa a Constituição Federal de 1988, quanto à competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

O Agente de Contratação, por sua vez, é uma espécie do gênero agente público. E além de outras atribuições eventualmente previstas em regulamento, ele é responsável pela condução da licitação, pela tomada de decisão e por quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame. Sua atuação ocorre na etapa de seleção do fornecedor, não abrangendo o planejamento da contratação nem a execução do contrato.

A Comissão de Contratação é composta por agentes públicos, cuja designação poderá recair sobre quem não seja servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente da Administração.

A licitação na modalidade Pregão é de uso obrigatório quando se tratar de bens e serviços comuns, inclusive serviços comuns de engenharia, sendo vedada sua adoção para licitar bens e serviços especiais. O Pregão será conduzido pelo Agente de Contratação designado como Pregoeiro. Função essa privativa de servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da Administração.

Quando o objeto licitado for classificado como bem e serviço especial, passa a ser obrigatória a adoção da modalidade Concorrência, podendo ser adotada também para serviços comuns de engenharia. Neste caso, a condução da licitação na modalidade Concorrência poderá ser feita por Agente de Contratação ou por Comissão de Contratação, integrada por agentes públicos.

Assim, quando se tratar da modalidade Concorrência, o órgão poderá designar livremente os integrantes da Comissão de Contratação, não se obrigando a utilizar somente servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da Administração.

O prazo para os municípios com até vinte mil habitantes se adequarem a estas exigências é de até seis anos, contados da publicação da nova lei de licitações.

SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?

Ronaldo Corrêa

Mesmo que exista dúvidas sobre o caráter de norma geral de licitação de alguns dispositivos, a nova lei de licitações deve ser considerada integralmente como norma geral e cumprida por toda a Administração Pública, até que haja definição formal em sentido contrário, expedida por órgão competente.

Publicado em ____ / ____ / ____

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

CORRÊA; Ronaldo. **SOMENTE SERVIDOR EFETIVO OU EMPREGADO PÚBLICO PODERÁ CONDUZIR LICITAÇÕES PELA LEI Nº 14.133, DE 2021?**. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.