

Marcelo Milech: O agente de contratação como servidor efetivo

A nova Lei de Licitações traz em seu cerne comandos de modernização, planejamento e transparência das licitações e contratações públicas como mecanismos de desestímulo à corrupção. É muito comum no Brasil licitações mal planejadas que ensejam em compras desnecessárias e/ou inapropriadas, serviços



Há críticas doutrinárias no sentido de que o novo texto

normativo engessou e burocratizou as licitações, que a dificuldade de se licitar uma obra, por exemplo, será a mesma para se comprar materiais de expediente. A crítica procede, em parte. De fato, a positivação do princípio do planejamento, que passa a integrar norma jurídica cogente, de início criará dificuldades evidentes aos órgãos que não dispõem de uma cultura de planejamento licitatório.

Entretanto, a visão teleológica da *mens legis* demonstra que o resultado virá a longo prazo. Admite-se a existência de rincões no nosso país em que, quicá por falta de estrutura, ou de pessoal qualificado, ou mesmo de cultura de planejamento, há inúmeros procedimentos licitatórios encetados e levados a termo sem planejamento algum. Essa realidade se contrapõe àquela de localidades mais organizadas, de corpos administrativos melhor aparelhados e pessoal mais qualificado, em que o planejamento bem elaborado confere um alto grau de eficiência nos procedimentos licitatórios. O que a lei trará, indubitavelmente, é uma homogeneização da qualidade dos procedimentos licitatórios em todo o território nacional, ao impor e possibilitar a exigência de regras claras e objetivas de planejamento pré-licitatório.

Partindo-se da premissa de que a nova Lei de Licitações tem como objetivo a modernização, planejamento e transparência dos processos licitatórios, nada mais razoável que o agente público responsável pela condução e julgamento não receba qualquer tipo de influência e pressão exterior, devendo gozar de autonomia e independência no exercício da sua função. Para tanto, o legislador dispôs no texto da lei que a licitação deve ser conduzida por servidor efetivo da Administração Pública:

"Artigo 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".

A importância de a licitação ser conduzida por servidor público efetivo é impedir a ocorrência da instabilidade do regime constitucional da livre nomeação e exoneração. A discricionariedade do gestor público para nomear cargos de assessoramento, direção e chefia não alcança as funções técnicas operacionais típicas para a atividade-fim do Estado, como por exemplo a fase de controle e seleção de particulares para contratar com a Administração Pública.

A licitação, sendo a possível "porta de entrada" da corrupção, evidencia-se que todo o processo licitatório se insere em uma área sensível, de modo que o seu desenvolvimento deve ser realizado pela área técnica da Administração. Essa área deve ser constituída por agentes públicos efetivos de capacidade técnica, com autonomia e independência, evitando-se que esse conhecimento técnico se perda a cada eleição e alternância de poder, tendo em vista que a nova gestão poderá exonerar *ad nutum* o agente público comissionado que não atenda aos seus interesses.

A continuidade e manutenção das funções técnicas e operacionais da Administração Pública, notadamente de áreas sensíveis, não podem vincular a livre discricionariedade do gestor público, sob pena de comprometimento do mecanismo de governança de gestão por competências.

Esclareça-se que o agente público de contratação exerce uma função perene, eminentemente operacional e técnica, permanente na fase externa da licitação para selecionar a contratação mais vantajosa para a Administração executar as políticas públicas. Não se tratando, portanto, de atividade excepcional temporária, o agente de contratação não pode ser contratado temporariamente na forma estabelecida no artigo 37, IX, da CF:

"IX — A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

A contratação temporária de agentes públicos para desempenharem funções técnicas e operacionais permanentes da Administração Pública viola o mandamento constitucional do concurso público para investidura na função pública, artigo 37, II da CF:

"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".

Nesse viés, o legislador consubstanciado na norma constitucional, estabeleceu que o agente de contratação deve pertencer ao quadro efetivo da Administração. É incabível e inconstitucional que estados e municípios, sob o argumento do artigo 8º da Lei 14.133/21 tratar-se de norma específica federal, editem decretos regulamentares abrindo a possibilidade de cargos comissionados e/ou temporários para agentes de contratação.

Nada obstante a inconstitucionalidade de eventual decreto, a interpretação sistemática da Lei 14.133/21 possibilita enxergar que o artigo 8º do texto normativo tem caráter de norma geral, tanto que no artigo 176 da referida prevê expressamente que:

"Artigo 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 artigo 7º e no caput do artigo 8º desta Lei".

Ora, se a lei expressa que os municípios terão o prazo de seis anos para se adaptarem e cumprirem o requisito que agentes de contratação sejam efetivos da Administração Pública, evidentemente de que trata de uma norma geral, do contrário, estar-se-ia admitindo que o Congresso Nacional usurpou a competência municipal de legislar, o que absolutamente não é o caso.

É de se esperar que alguns entes federativos, principalmente municípios, sob a justificativa da falta de estrutura ou de pessoal qualificado, criarão empecilhos e resistência para o cumprimento da lei. Contudo, há de se fazer o raciocínio de que se o ente público contrata, existe algum agente conduzindo o processo licitatório. Esse agente público condutor da licitação mantém vínculo com o órgão e recebe uma contraprestação pecuniária para desempenho do seu mister, seja concursado ou não. De uma forma ou de outra, significa que o ente público tem orçamento para custear o agente de contratação, logo, não existem motivos para não se proceder com a capacitação dos servidores concursados ou promover concurso público para investidura no cargo.

Conclui-se constatando que a Lei nº 14.133/2021 estabelece acertadamente a exigência de que o agente de contratação seja um servidor efetivo dos quadros do órgão licitante, prestigiando, em última análise, de forma substancial, o princípio da eficiência da Administração Pública. O resultado imediato da aplicação desse preceito no mundo dos fatos será a imposição de medidas visando à inserção de profissionais específicos para comandar o processo licitatório e a sua constante reciclagem, o que permitirá manter um nível excelente de efetividade no processo licitatório. A longo prazo, essa medida encerra a potencialidade de tornar economicamente mais eficazes as contratações públicas e, por via reflexa, dificultará o estabelecimento de mecanismos de sustentação da corrupção. Impõe-se, para tanto, a intensificação da atuação dos órgãos de controle, sejam internos, sejam externos, a fim de que a efetivação do comando legal seja plena, de forma que a sociedade se possa beneficiar dos melhoramentos trazidos pela nova lei.

Date Created

28/06/2021