

A responsabilização do agente de contratação perante a Nova Lei de Licitações

Helenice Hachul
Assessora Técnico-Procuradora
SDG-Assessoria

A Nova Lei de Licitações, além de compilar em um único diploma legal dispositivos esparsos sobre contratações públicas (preexistentes em leis, decretos e instruções normativas), trouxe definições antes dispersas no ordenamento jurídico, como a previsão do instituto da Segregação de Funções, que já era consagrado na doutrina e jurisprudência, ganhando *status* de diretriz geral a nortear os procedimentos licitatórios (artigo 5º da Lei nº 14.133/21').

De acordo com esse princípio licitatório – que visa garantir melhor desempenho das atividades relacionadas às contratações públicas –, ninguém deve ter sob sua inteira responsabilidade todas as fases essenciais de um processo, impondo-se a divisão das atribuições entre diferentes departamentos e indivíduos, de modo a assegurar que a elaboração do edital, a avaliação das propostas e a fiscalização do contrato sejam realizadas por equipes distintas.

Busca-se com a divisão de atribuições entre os agentes públicos a mitigação dos riscos e de potenciais irregularidades que possam macular o procedimento, seja por erros ou mesmo em virtude de fraudes nas contratações, razão pela qual a lei vetou expressamente a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos (artigo 7º, §1ºⁱⁱ).

Considerando que existem quatro grandes fases do procedimento de contratação pública, quais sejam: (i) *planejamento*, (ii) *seleção do fornecedor*, (iii) *gestão e fiscalização do contrato administrativo* e (iv) *pagamento*, a fim de se evitar o conflito de interesses e o desvio de finalidade, é aconselhável que sejam nomeados diferentes agentes públicos para atuar em cada uma dessas fases.

Tal medida, além de se revelar importante no combate à corrupção, contribui para apuração de eventual responsabilidade dos envolvidos, impedindo a punição do agente que não atuou na elaboração de determinado ato, tampouco possuía competência para revisá-lo.

Por essa razão, importa examinar a responsabilidade do agente de contratação, figura criada pela Nova Lei, aparentemente, para substituir a Comissão Permanente de Licitação, órgão previsto no art. 6º, XVI, da revogada Lei nº 8.666/1993.

Nos termos da lei, o agente de contratação é a pessoa designada pela autoridade máxima do órgão ou entidade para conduzir a licitação, devendo ser escolhido entre servidores efetivos ou empregados públicos tecnicamente capacitados para a realização do certame, dentro do quadro permanente da Administração Pública (artigo 8º, caputⁱⁱⁱ), com a incumbência de executar as atividades necessárias ao bom andamento da licitação até a homologação do resultado.

Na modalidade de licitação pregão, o novo regulamento conferiu ao pregoeiro (art.8º, §5º^{iv}), anteriormente existente no âmbito da Lei nº 10.520/02 e dos Decretos Federais 3.555/2000 e 10.024/2019, as mesmas atribuições, prerrogativas e responsabilidades do agente de contratação.

O agente de contratação/pregoeiro poderá contar com auxílio de uma equipe de apoio para a condução do processo licitatório (§ 1º^v do art.8º) ou ainda ser substituído, nas contratações de bens ou serviços especiais pela Comissão de Contratação (§ 2º^{vi} do referido dispositivo legal).

Estabeleceu-se que o agente de contratação responde *individualmente* pelos atos praticados, ainda que auxiliado pela equipe de apoio. Isto porque é quem ostenta com exclusividade a competência para proferir todas as decisões pertinentes no procedimento licitatório, inclusive em relação ao julgamento das propostas, remanescendo à equipe de apoio a realização dos atos materialmente necessários à prática do procedimento.

Todavia, importa registrar que, no caso de o agente ser induzido a erro pela equipe de apoio (art. 8º, § 1º^{vii}), poderá haver a responsabilização dos servidores envolvidos e o afastamento da culpabilidade do designado agente de contratação.

Tratando-se de Comissão de Contratação, os membros respondem *solidariamente* pelos atos praticados pela comissão, exceto se algum deles expressar posição individual divergente, a qual deverá ser fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão (art. 8º, §2º^{viii}).

A partir da redação dada ao art. 14^{ix} do Decreto Federal nº 11.246/22, que dispõe sobre as regras para a atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, funcionamento da Comissão de Contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, é possível inferir que as atribuições do agente de contratação acomodam-se mais especificamente à fase de seleção do fornecedor, que se inicia com divulgação do edital, mas pode também atuar na fase preparatória, ficando restrita sua participação ao acompanhamento e às eventuais diligências para o fluxo regular da instrução processual, desobrigando-o, entretanto, da elaboração de estudos preliminares, de projetos e de anteprojetos, de termos de referência, de pesquisas de preço e, preferencialmente, de minutas de editais, que deve ficar a cargo de outros agentes administrativos e do assessor jurídico^x.

Em razão da responsabilidade civil, administrativa e penal do agente de contratação, revela-se afortunada a redação do art. 15 do Decreto Federal 11.246/22^{xi}, estabelecendo que o agente de contratação pode contar com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade licitante, para o desempenho das funções essenciais à execução das suas funções.

Sobre essa participação do órgão jurídico no procedimento licitatório, a Nova Lei avançou no tema em relação à Lei nº 8.666/93 (art.38, parágrafo único^{xii}), impondo a necessidade de completa análise jurídica da contratação e de realização de um efetivo controle prévio de legalidade^{xiii}.

Importa registrar que, mesmo configurado um caso submissível à exceção que autoriza a eliminação do parecer jurídico, prevista no § 5º do art. 53, isso não autoriza o órgão de assessoramento a deixar de se manifestar nas hipóteses que apresentem complexidade ou que possam gerar reflexos relevantes aos interesses da Administração. Nesses casos, Marçal Justen Filho entende que a autoridade administrativa dispõe de autonomia jurídica para recorrer a ele, considerando as peculiaridades que se fizerem presentes^{xiv}.

Oportuno, aliás, citar o que diz o enunciado nº 21 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU: “A análise consultiva em processos administrativos exige o exame da viabilidade jurídica do ato proposto pelo gestor e a indicação da adequada alternativa legal porventura existente^{xv}”.

Assim, não obstante o parecer do advogado público seja opinativo, como a Nova Lei de Licitações atribuiu ao procurador a função de assessoramento jurídico ao agente público durante toda a fase preparatória, o documento tende a ser uma ferramenta basilar para a tomada de decisão do gestor.

A celeuma ocorre, portanto, em compreender se uma decisão tomada pelo agente público, baseada nos pareceres técnicos, afasta a sua responsabilidade pelo ato irregular.

Para a Corte de Contas Federal: “A existência de parecer de consultoria ou procuradoria jurídica somente afasta a responsabilidade do gestor quando a matéria for extremamente técnica e de difícil detecção pelo responsável” (Acórdão nº 2.011/2016 – Plenário). Além disso, também se reconhece que: “A existência de parecer jurídico não é suficiente para afastar a responsabilidade do agente público pela prática de ato irregular, entretanto pode ser considerada circunstância atenuante na dosimetria da pena” (Acórdão nº 724/2021 – Plenário).

Nos termos da Nova Lei de Licitações, a não observância ao que foi proposto pela Assessoria Jurídica pode ensejar a responsabilização do agente público. Mais que isso, o desrespeito ao que foi destacado no parecer jurídico impede o agente público de se valer da advocacia pública

para sua defesa nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de atos praticados em processos de contratação.

Em face do que foi exposto, é possível concluir que, se o erro no parecer da área técnica for de fácil constatação por uma pessoa com conhecimento ordinário, ao acatar o conteúdo desse parecer jurídico, o agente público cometeu erro grosseiro decorrente de grave inobservância de dever de cuidado, respondendo com o parecerista *solidariamente*.

Isto posto, importa deixar claro que a responsabilidade do assessor jurídico está vinculada à emissão de pareceres precários, que destoem das recomendações consolidadas pela lei e pela orientação das Cortes de Contas, que revelem erros inaceitáveis para qualquer agente minimamente qualificado para o desempenho da atividade.

Desta forma, não é por demais ressaltar que cumpre ao parecerista a elaboração de uma manifestação imparcial, razoável e que não contrarie orientações consolidadas, devendo a peça conter, ainda, recomendação à Administração sobre como agir. Assim, ainda que haja divergência acerca da orientação exarada, não se cogitará sobre a responsabilização do servidor que emitiu o parecer jurídico^{xvi}.

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador em delimitar as funções e individualizar as responsabilidades de cada servidor envolvido nos procedimentos licitatórios, de modo a propiciar um maior controle dos atos praticados e, por conseguinte, minorar os riscos de irregularidades nos certames deflagrados pela Administração.

ⁱ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

ⁱⁱ § 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

iii 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.

iv § 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.

v § 1º 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.

vi § 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.

vii § 1º 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.

viii § 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.

ix Art. 14. Caberá ao agente de contratação, em especial:

I – tomar decisões em prol da boa condução da licitação, dar impulso ao procedimento, inclusive por meio de demandas às áreas das unidades de contratações, descentralizadas ou não, para fins de saneamento da fase preparatória, caso necessário;

II – acompanhar os trâmites da licitação e promover diligências, se for o caso, para que o calendário de contratação de que trata o inciso III do caput do art. 11 do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, seja cumprido, observado, ainda, o grau de prioridade da contratação; e

III – conduzir e coordenar a sessão pública da licitação e promover as seguintes ações:

a) receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos seus anexos e requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos, caso necessário;

b) verificar a conformidade da proposta mais bem classificada com os requisitos estabelecidos no edital;

c) verificar e julgar as condições de habilitação;

d) sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas; e

e) encaminhar à comissão de contratação, quando for o caso:

1. os documentos de habilitação, caso se verifique a possibilidade de saneamento de erros ou de falhas que não alterem a substância dos documentos e a sua validade jurídica, conforme o disposto no § 1º do art. 64 da Lei nº 14.133, de 2021; e

2. os documentos relativos aos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 da Lei nº 14.133, de 2021;

f) negociar, quando for o caso, condições mais vantajosas com o primeiro colocado;

g) indicar o vencedor do certame;

h) conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e
i) encaminhar o processo instruído, após encerradas as fases de julgamento e de habilitação e exauridos os recursos administrativos, à autoridade superior para adjudicação e para homologação

(...)

§ 2º A atuação do agente de contratação na fase preparatória deverá ater-se ao acompanhamento e às eventuais diligências para o fluxo regular da instrução processual.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º, o agente de contratações estará desobrigado da elaboração de estudos preliminares, de projetos e de anteprojetos, de termos de referência, de pesquisas de preço e, preferencialmente, de minutas de editais.

× Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

III - (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

§ 6º (VETADO).

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º (VETADO).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação. (Promulgação partes vetadas)

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela

licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

^{xi} Art. 15. O agente de contratação contará com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade para o desempenho das funções essenciais à execução das suas funções.

§ 1º O auxílio de que trata o caput se dará por meio de orientações gerais ou em resposta a solicitações de apoio, hipótese em que serão observadas as normas internas do órgão ou da entidade quanto ao fluxo procedimental.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a solicitação de auxílio ao órgão de assessoramento jurídico se dará por meio de consulta específica, que conterá, de forma clara e individualizada, a dúvida jurídica a ser dirimida.

§ 3º Na prestação de auxílio, a unidade de controle interno observará a supervisão técnica e as orientações normativas do órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e se manifestará acerca dos aspectos de governança, gerenciamento de riscos e controles internos administrativos da gestão de contratações.

§ 4º Previamente à tomada de decisão, o agente de contratação considerará eventuais manifestações apresentadas pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, observado o disposto no inciso VII do caput e no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

^{xii} Parágrafo único. As minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo órgão de assessoria jurídica da unidade responsável pela licitação.

^{xiii} Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

III - (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no [art. 54](#).

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de

cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

^{xiv} Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021 – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Página 642.

^{xv} <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/imagens/encontro-conselho-administrativo/arquivos/o-papel-da-consultoria-juridica-na-nllc-pgfn.pdf>

^{xvi} <https://zenite.blog.br/como-ficou-a-responsabilidade-do-parecerista-juridico-de-acordo-com-a-lei-no-14-133-21-e-a-lindb/>