

PROTOCOLO Nº: 279036/23
ORIGEM: MUNICÍPIO DE CORNÉLIO PROCÓPIO
INTERESSADO: AMIN JOSE HANNOUCHE
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 179/23

Consulta. Nova Lei de Licitações. Funções essenciais à execução da Lei nº 14.133/21. Pela possibilidade parcial de exercício por servidores públicos comissionados. Pela impossibilidade de pagamento de gratificações pelo exercício de função para servidor exclusivamente comissionado. Encargos especiais inerentes às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Resposta nos termos da Instrução.

Trata-se de consulta formulada pelo Município de Cornélio Procópio, por meio de seu Prefeito, Sr. Amin José Hannouche, por meio da qual indaga (peça 3):

“Para a aplicação da Lei nº 14.133/21, na falta de servidores efetivos para exercerem as funções de agentes de contratação, pregoeiros, suplentes, equipe de apoio, comissão de contratação, gestor de contrato e fiscais de contrato, nos moldes por ela estabelecido no art 7º e incisos, poderá o Município instituir gratificação a servidores, ocupantes de cargo comissionado, para o exercício dessas funções até que se consiga exercê-las com cargos efetivos?”

O parecer jurídico do consulente foi colacionado na peça 4. Ao analisar a matéria, a Assessoria Jurídica do Município concluiu, em breve síntese, que as funções de agentes de contratação, pregoeiros, suplentes, equipe de apoio, comissão de contratação, gestor de contrato e fiscais de contrato poderão ser exercidas por servidores comissionados e que estes, nas condições atuais do quadro de pessoal do Município e diante do interesse público revelado com a nova Lei de Licitações, poderão receber gratificação, mediante lei autorizativa, pelo exercício da função até que sejam designados servidores efetivos para tal.

O Relator, Conselheiro José Durval Mattos do Amaral, ao conhecer a Consulta, determinou a remessa dos autos à Escola de Gestão Pública para verificação da existência de precedente nesta Corte a respeito do objeto da consulta (Despacho nº 453/23, peça 6).

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, então, apresentou a Informação nº 47/23 (peça 7), em que mencionou a existência de decisões sobre a matéria objeto da consulta.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, por meio da Instrução nº 2425/23 (peça 13), opinou pelo oferecimento da seguinte resposta:

*Segundo se infere dos artigos 6º, inc. LX, 8º e 32, §1º, inc. XI da Lei Federal nº 14.133/2021 não podem ser exercidas por servidores comissionados as funções atribuídas aos seguintes agentes públicos: i) **agentes de contratação, pregoeiros e suplentes**; ii) pelo menos três membros da **comissão de contratação responsável por conduzir as licitações sob a modalidade diálogo competitivo**; iii) pelo menos **um membro da comissão de contratação que eventualmente venha a substituir o agente de contratação nas licitações que envolvam bens especiais**.*

*Às funções atribuídas aos demais agentes públicos referidos pela lei de licitações, a exemplo dos **membros da equipe de apoio, gestores de contrato e fiscais de contrato**, poderão ser exercidas por servidores comissionados desde que: i) justificadas as razões da escolha do servidor comissionado em detrimento do servidor efetivo; ii) demonstradas as medidas concretas a serem adotadas para a resolução do obstáculo que impediu a designação de servidores efetivos; iii) demonstrada a presença das atribuições de direção, chefia ou assessoramento referidas pelo artigo 37, inciso V da Constituição Federal.*

Não é possível a instituição de gratificação a servidores ocupantes de cargo comissionado para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei nº 14.133/21, eis que o cargo em comissão já pressupõe o exercício de um encargo diferenciado conforme decidido por esta Corte de Contas na consulta com força normativa nº 577361/16.

É o breve relatório.

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade – legitimidade da autoridade consulente, apresentação objetiva do quesito, com indicação precisa de dúvida atinente à competência material do controle externo, instrução com parecer jurídico do órgão e formulação em tese, ex vi do art. 38 da LC/PR nº 113/2005 e dos art. 311 e 312 do RITCE/PR – impõe-se o conhecimento desta consulta.

Quanto ao mérito, o questionamento do Órgão Consulente se volta à aplicação da Lei nº 14.133/21, no que tange à possibilidade de as funções atribuídas aos agentes públicos serem exercidas por servidores comissionados e a viabilidade de recebimento de gratificação, mediante lei autorizativa, pelo exercício da função até que sejam designados servidores efetivos.

De início releva pontuar que o raciocínio apresentado pela unidade técnica está correto. Com efeito, a Lei nº 14.133/2021, que fixou novo regime jurídico para licitações e contratações públicas, estabeleceu como regra geral que os agentes públicos que serão designados para atuarem nas funções essenciais de licitações e contratos deverão, preferencialmente, ser servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente.

Nesse sentido, o caput do art. 7º prescreve que 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 alguns requisitos, dentre os quais, conforme o inciso I do referido

dispositivo, que sejam, *preferencialmente*, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública.

Em interpretação ao dispositivo acima citado, verifica-se que a Lei nº 14.133/2021 não definiu de maneira taxativa ser apenas servidor efetivo ou empregado público os habilitados para o exercício das funções pertinentes a execução da referida norma.

Nada obstante, quis o legislador, ao utilizar a expressão *preferencialmente*, definir um regramento geral para ser seguido pelos entes públicos, reduzindo a autonomia dos gestores quando da designação de agentes públicos para desempenho das funções essenciais à nova lei de licitações, de modo que a eventual escolha de servidores comissionados deverá ser devidamente fundamentada e motivada pela autoridade competente.

Sobre o assunto, leciona Marçal Justen Filho¹:

“A expressão “preferencialmente” não significa a liberação da autoridade máxima (ou de quem lhe fizer as vezes) para indicar agentes públicos que não preenchem os requisitos do inc. I. A Lei impõe uma preferência, a ser observada de modo objetivo e rigoroso. Ou seja, somente caberá indicar sujeito que não atenda aos requisitos do inc. I quando se verificar a inviabilidade ou a frustração da solução consagrada no dispositivo”.

De outra banda, como bem consignou a unidade técnica, a depender da função a ser desempenhada pelo agente público, a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu exceções à regra geral, casos em que será obrigatória a indicação de servidores públicos efetivos, como se pode verificar dos seguintes dispositivos:

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.

(...)

“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.”

(...)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

§5: Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro". (grifou-se)

Destarte, a figura do Agente de Contratação, inovação disciplinada pelo art. 8º, pode ser definido como um servidor designado pela administração pública, entre servidores efetivos ou empregados públicos no quadro permanente, que tem como atribuições a tomada de decisões, acompanhamento do trâmite de licitações e execução de outras atividades inerentes ao andamento do certame até a fase de homologação, tendo como respaldo uma equipe de apoio.

Da mesma forma, como o agente de contratação será em regra servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração, a condução do pregão pelo pregoeiro ficaria restrita a essa categoria de agentes, não podendo ser desempenhada por ocupante de cargo em comissão, como se percebe da dicção do art. 8º, §5º.

Outrossim, como bem pontuou a CGM, o mesmo raciocínio se aplica ao eventual suplente do agente de contratação ou do pregoeiro, uma vez que a lei exige que os titulares do cargo pertençam ao quadro efetivo de carreira para que estejam legitimados ao exercício da função, com igual razão a regra deve ser aplicada aos seus substitutos.

No mesmo sentido, os artigos 8º, §2 e 32, §1º, inciso IX da Lei nº 14.133/21 assim dispõe:

Art. 8º

(...)

*§ 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.*

(...)

*“Art. 32. A modalidade **diálogo competitivo** é restrita a contratações em que a Administração:*

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

(...)

*XI - o diálogo competitivo será conduzido por **comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;**” (grifou-se)*

Tendo em vista que nas licitações que envolvam bens ou serviços especiais, o texto inserto no §2º, do art.8º, dispõe que deverão ser respeitadas as regras dispostas no seu art. 7º, subentende-se que, preferencialmente, os membros de tal comissão deverão ser servidores efetivos ou empregados do quadro permanente.

Assim, como bem alertado pela unidade técnica, a opção pela comissão de licitação visa justamente substituir o agente de contratação, sendo imperiosa a conclusão de que ao menos um dos membros da comissão de contratação seja servidor efetivo, sob pena de esvaziamento da regra contida no artigo 6º, inciso LX e artigo 8º da lei de licitações.

A exigência é compatível com o perfil técnico e estável que deve ter a Comissão, assegurando-se que seus membros possam atuar de maneira imparcial, isolando-os de pressões que servidores comissionados podem vir a sofrer, por ocuparem cargos exoneráveis *ad nutum*. Tal raciocínio vai ao encontro do que fora decidido por esta Corte no Acórdão nº 2298/2019 – Tribunal Pleno (relatado pelo Conselheiro Durval Amaral), proferido na Consulta nº 332354/17, no sentido de que *não é possível que seja formada uma comissão de licitação composta majoritariamente por servidores comissionados*.

Igualmente, segundo o que dispõe o artigo 32, §1º inciso IX, a licitação na modalidade diálogo competitivo, destinada à contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, deve ser conduzida necessariamente por servidores efetivos ou empregados pertencentes aos quadros permanentes da administração, não havendo que se falar na possibilidade de indicação de servidores comissionados.

Em suma, em linha com o que sustentou a unidade técnica, é possível concluir que os artigos 6º, inc. LX, 8º e 32, §1º, inc. XI da nova lei de licitações são especiais em relação ao disposto no art. 7º, I, do mesmo diploma, de modo que não há como se relevar o termo *preferencialmente* para que sejam designados titulares de cargo em comissão para as respectivas funções, em detrimento do provimento dos cargos por servidores efetivos.

Outrossim, considerando que a Lei Federal nº 14.133/21 conferiu prazo de 2 anos para adequação da Administração Pública, seja para qualificação de seus servidores ou para a realização de concurso público, a mera alegação de insuficiência de servidores qualificados não possui justificativa viável para indicação de servidores comissionados para ocupar as funções essenciais previstas nos dispositivos acima mencionados.

De outro lado, também em consonância com a CGM, quanto as demais funções atribuídas aos agentes públicos referidos pela lei de licitações, a exemplo dos membros da equipe de apoio, gestores de contrato e fiscais de contrato, diante da ausência de dispositivos específicos que imponham a indicação de servidores públicos efetivos, entende-se pela aplicação da regra geral prevista no artigo 7º, inciso I, desde que devidamente justificadas as razões da escolha do servidor comissionado em detrimento do servidor efetivo, observando, ainda, o

entendimento fixado no prejulgado nº 25 em conjunto com o disposto no art. 37, inc. V, da Constituição Federal².

Nesse sentido, necessária a análise das atribuições previstas na legislação local para o exercício de cada função a fim de que se possa verificar a compatibilidade com o entendimento fixado no prejulgado nº 25 em conjunto com o art. 37, inciso V, CF/88. Vale dizer, a discricionariedade do gestor público para nomear cargos de assessoramento, direção e chefia, não alcança funções técnicas operacionais, muitas delas essenciais à execução da Lei nº 14.333/21.

Por sua vez, no que se refere ao segundo quesito, atinente à possibilidade de instituição de gratificação a servidores ocupantes de cargo comissionado designados para exercer as funções previstas na lei de licitações, mais uma vez assiste razão à Unidade Técnica.

Com efeito, considerando tratar-se de cargos por natureza destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento, consolidou-se o entendimento de que a remuneração a eles legalmente fixada já engloba a retribuição pelo exercício de sua função em tempo integral, o que impediria, por exemplo, o pagamento de gratificação relacionada ao trabalho de horas extras. Ainda, por possuírem a mesma finalidade constitucional (desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento), vedou-se a acumulação de cargo em comissão com função comissionada.

Em outras palavras, tem caminhado a jurisprudência a compreender que a remuneração dos cargos em comissão abrange todas as atribuições que lhe são inerentes. Nesse sentido, por se tratar de cargos destinados especificamente às funções de direção, chefia e assessoramento, ou seja, atribuições de alta envergadura para a Administração Pública, a demandar dedicação exclusiva no âmbito funcional, estaria vedado o seu acúmulo com outras atribuições, o que impediria, por exemplo, o desempenho concomitante de cargo e função comissionada.

Pela mesma razão, conclui-se que não seria lícito cumular a retribuição do cargo com gratificação pelo exercício de outras funções, seja por já estarem abrangidas pela remuneração do cargo (vedando-se o pagamento em duplicidade, portanto), seja em razão da dedicação exclusiva demandada pelas funções de direção, chefia e assessoramento (vedando-se a atribuição de novas obrigações funcionais ao servidor, portanto).

Essa linha interpretativa foi expressamente adotada pela Corte no Acórdão nº 671/18 – Tribunal Pleno, proferido na Consulta nº 577361/18, com força

² “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

normativa. No referido Acórdão foi sedimentada a tese de que *não é possível a acumulação da remuneração de cargo em comissão com gratificação por função de confiança ou com outras instituídas em razão de condições excepcionais de serviço.*

Portanto, considerando tais contornos interpretativos, conclui-se que a instituição de gratificação a servidores ocupantes de cargo comissionado para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei nº 14.133/21 constitui pagamento por atribuições que já são inerentes ao desempenho dos cargos em comissão e, portanto, já se encontram abarcadas pela remuneração ordinária do cargo. Por isso, pode-se dizer que eventual gratificação representaria retribuição em duplicidade das mesmas funções.

Isso posto, o Ministério Público de Contas manifesta-se pelo conhecimento da consulta para, no mérito, ofertar-se **resposta nos termos da instrução.**

Curitiba, data da assinatura digital.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas