

1. Interessado

Comissão de Implementação da Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC

2. Assunto

O princípio da segregação de funções e a atuação do agente de contratação e equipe de apoio nas aquisições públicas municipais

3. Contextualização:

Trata-se de Memorando Interno encaminhado à Controladoria-Geral do Município pela Presidente da Comissão de Implementação da Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, por meio do qual solicita-se análise e parecer quanto a atuação dos agentes de contratação e equipe de apoio em consonância com o princípio da segregação de funções, previsto no artigo 7º, §1º, da Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021.

4. Análise Técnica

De acordo com o artigo 6º, LX, da Lei Federal n. 14.133, de 2021 agente de contratação

é a 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 específicas do agente de contratação estão previstas no artigo 8º do novo diploma legal e foram regulamentadas em âmbito municipal no artigo 11 da Instrução Normativa n. 002/2023, *in verbis*.

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.

Art. 11. 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 - 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)** sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas;
- e)** negociar, quando for o caso, condições mais vantajosas com o primeiro colocado;
- f)** indicar o vencedor do certame;
- g)** conduzir os trabalhos da equipe de apoio;
- h)** 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.

Extrai-se dos dispositivos acima transcritos, que as atribuições dos agentes de contratação dizem respeito à fase externa do processo, ou seja, iniciam-se com a publicação do aviso de licitação e findam com a homologação do certame. Contudo, não há vedação legal para que o agente de contratação colabore para a formação do processo na fase de planejamento.

No que se refere à atuação do agente de contratação, o artigo 7º, §1º, da Lei 14.133, de 2021 dispõe que:

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:

(...)

§ 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. Grifo nosso

Em linhas gerais, a segregação de função é um princípio do controle interno que estabelece a separação de atribuições entre servidores distintos nas várias fases de um determinado processo, evitando-se, assim, que um agente detenha atribuições de fiscalização e controle sobre seus próprios atos.

No âmbito das contratações públicas, o princípio da segregação de funções objetiva prevenir erros, omissões, fraudes e o uso irregular de recursos públicos por meio da repartição de funções essenciais para a formação e o desenvolvimento das contratações, impedindo que um mesmo agente público seja responsável por atividades incompatíveis, tais como executar e fiscalizar uma mesma atividade.

Contudo, apesar da importância do referido princípio, ele não é absoluto, devendo sempre ser interpretado a partir de uma análise fático-processual do caso concreto, principalmente em entidades que contam com um número reduzido de servidores.

O Tribunal de Contas da União orienta o Gestor Público a:

"(...) identificar as decisões consideradas críticas e respectivas alçadas e segregação de funções; definir um limite de tempo razoável para que o mesmo indivíduo exerça uma função ou papel associado a decisões críticas de negócio; formalizar os instrumentos que suportam a atuação das instâncias e que direcionam a tomada de decisão; revisar periodicamente os processos de decisão da organização, de modo a identificar novas decisões que devam ser consideradas como críticas."

Com efeito, isso significa dizer que a aplicação do princípio da segregação de funções não consiste simplesmente em atribuir diferentes tarefas aos agentes responsáveis pelo processo de compras da administração públicas, mas sim, identificar quais atribuições quando acumuladas podem gerar mais riscos aos princípios da administração pública, e dessa forma, designá-las a agentes distintos.

Seguindo o raciocínio acima delineado, Palavéri (2021) afirma que o objetivo da segregação de funções é que o agente público

descentralize a prática de seus atos principais e mais importantes, tais como a identificação da necessidade de licitar, a elaboração das regras (o edital) e o julgamento das propostas, e aspectos relevantes da execução contratual.

Vale ressaltar, que a matéria discutida na presente Nota Técnica, qual seja, os limites da atuação dos agentes de contratação em observância ao princípio da segregação de funções, é recente, sendo rara a doutrina e jurisprudência sobre o assunto, de forma que certamente será tema de muitos debates até que se firme entendimento pelos Tribunais pátrios.

Abordando a questão suscitada, entende-se que fato de o agente público integrar o setor de compras e licitações, por si só, não é suficiente para determinar violação ao princípio da segregação de funções, caso seja designado para atuar como agente de contratação, ser membro da equipe de apoio e/ou compor a comissão de contratação.

Nesse sentido, alguns aspectos precisam ser ponderados, até para não inviabilizar, em razão de uma aplicação radical do princípio da segregação das funções, o próprio funcionamento da máquina administrativa.

Seguindo esse alinhamento, sugere-se a adoção de alguns critérios, a fim de nomear os agentes para o exercício das funções pertinentes, sem ofender o referido princípio, quais sejam, quem executa não fiscaliza os atos correspondentes, bem como seja evitada 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.

Por exemplo, não seria possível integrante da assessoria jurídica do órgão, que fará o controle de legalidade de determinada minuta de edital, participar da sua elaboração ou do certame.

Da mesma forma, não se entende plausível que a chefia dos órgãos responsáveis pela condução dos atos administrativos relativos às fases de internas e externas das compras públicas exerça a função de agente de contratação, haja vista que a eles cabe a coordenação e orientação dos trabalhos, o que pode motivar a ocorrência de irregularidades em razão da posição de decisão que ocupam.

Logo, guardadas as devidas proporções, esse princípio informa que não se deve ao executor de uma obra a atribuição de fiscalizá-la, nem ao tomador de contas a atribuição de prestá-las etc. Em suma, não se pode atribuir a uma mesma pessoa o exercício concomitante de funções incompatíveis entre si.

Seguindo a mesma lógica, a depender das atribuições exercidas pelo agente no desempenho de suas atividades no setor de licitações e contratos, é possível que a atuação nas funções de agente de contratação, membro da equipe de apoio e/ou comissão de contratação coloquem em risco o controle do processo.

Isso ocorreria, especialmente, se esse mesmo agente tomasse decisões nessas diferentes fases de um mesmo processo de contratação, assinando, fiscalizando, decidindo a respeito.

Agora, se esse agente integra uma comissão, de modo que as decisões/análises sejam colegiadas, e sequer assina, por exemplo, atos do planejamento, o eventual risco de ocultação de erros/fraudes resta bastante mitigada, razão pela qual, seria possível nomeá-lo para, além de integrante do setor de licitações, igualmente desempenhar a função de membro de equipe de apoio ou comissão de contratação (situações em que as análises também são colegiadas). Já a nomeação para função de agente de contratação precisaria ser sopesada com mais cautela.

Portanto, o fator determinante a ser examinado, a fim de verificar eventual violação ao princípio da segregação de funções, é o conjunto de atribuições exercido pelo agente no curso de um mesmo processo administrativo de contratação, se tais atuações fragilizam o controle, por permitirem a ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação. Admitir essa situação colocaria em risco a lisura e o controle do processo.

Feito este registro, não se pode deixar de reforçar que a questão é polêmica, e o TCU, ao menos nos precedentes exarados até o momento, tem uma visão bastante restritiva a respeito. Veja:

A atribuição, ao pregoeiro, da responsabilidade pela elaboração do edital cumulativamente às atribuições de sua estrita competência afronta o princípio da segregação de funções adequado à condução do pregão, inclusive o eletrônico, e não encontra respaldo nos normativos legais que regem o procedimento. (Acórdão n. 3.381/2013 – Plenário)

É vedado o exercício, por uma mesma pessoa, das atribuições de pregoeiro e de fiscal do contrato celebrado, por atentar contra o princípio da segregação das funções. (Acórdão n. 1.375/2015 – Plenário)

A participação de servidor na fase interna do pregão eletrônico (como integrante da equipe de planejamento) e na condução da licitação (como pregoeiro ou membro da equipe de apoio) viola os princípios da moralidade e da segregação de funções. (Acórdão n. 1.278/2020 – Primeira Câmara)

Não cabe à comissão de licitação avaliar o conteúdo da pesquisa de preços realizada pelo setor competente do órgão, pois são de sua responsabilidade, em regra, apenas os atos relacionados à condução do procedimento licitatório. (Acórdão n. 594/2020 - Plenário)

Diversas condutas adotadas pelos responsáveis pelas licitações examinadas merecem reprovação do relator, em especial, a condição de um dos membros da Comissão de Licitação, que, ao mesmo tempo, seria Chefe do Setor de Compras do órgão. Tal situação seria inadequada, pois o referido membro, ao exercer dupla função de elaborar os editais licitatórios e de participar do julgamento das propostas, agiria em desconformidade com o princípio da segregação de funções. (Acórdão n. 686/2011 - Plenário)

5. Conclusão

A presente Nota Técnica buscou analisar os objetivos da nova Lei de Licitações e Contratos – 14.133, de 2021, no que diz respeito a atuação do agente de contratação em observância ao princípio da segregação de funções, bem como, traçar algumas propostas para o efetivo cumprimento de seus comandos.

A presente manifestação não tem o objetivo de esgotar a matéria, principalmente, considerando a novidade do tema, que por certo será debate por estudiosos do direito administrativo e dos Tribunais de Contas, mas tão somente de oferecer alguns parâmetros a se observar quanto a atuação dos agentes públicos designados responsáveis por conduzir as licitações.

Por fim, sugere-se o encaminhamento da presente Nota Técnica à Presidente da Comissão de Implementação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos "NLLC" para conhecimento e providências que entender pertinentes.

6. Referências bibliográficas

Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU/Tribunal de Contas da União. Edição 3 - Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – Secex Administração, 2020. 242p.

PALÁVERI, Marcelo. Nova Lei de Licitação e Contratações para Municípios. Leme/SP: Mizuno, 2021. 60 p.