

LEI 14.133/21: NULIDADE FORMAL NA DESIGNAÇÃO GENÉRICA DE AGENTE DE CONTRATAÇÃO E PREGOEIRO

LAW 14.133/21: FORMAL NULLITY IN THE GENERIC DESIGNATION OF CONTRACTING AGENT AND BILLER

Glauco Terra Coelho

Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI) - 2019. Pós-graduado em Direito Tributário e Aduaneiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) - 2019. Pós-graduado em licitações, contratos e orçamento público (USP). Possui graduação em Direito (FMGR) e graduação em lic. em História (UFRPE). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho - RJ (UGF) - 2012. Professor desde o ano 2000 atuando nas áreas de História do Brasil, História Geral, Atualidades, Comércio Internacional, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo. Especialista na área de concursos, atuando desde o ano 2004. Ex-professor da ESAF. Professor da ENAP. Multiplicador, disseminador e tutor de Educação Fiscal. Participante como palestrante convidado em diversas instituições pelo Brasil. Entrevistado pelas emissoras de televisão Rede Brasil, Tv Saber, Amazon Sat. Colunista na área de concurso do Jornal do Comércio do Amazonas. Participante de diversos blogs e sites de concursos. Aprovado nos concursos do TJPE (2001) e no concurso da Receita Federal do Brasil (2006) em 11 lugar.

E-mail: glaucocoelhoc@gmail.com

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Doutor em Desenvolvimento Sustentável (UFPA). Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em

Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - PPGDA-UEA, professor do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas - PPGDir-UFAM e pesquisador-líder no Diretório do CNPq do Grupo de Estudos em Direito de Águas - GEDA, associado a rede Waterlat - Gobacit (maior rede de pesquisas sobre águas do mundo) e do Grupo “Territórios, ambiente, saúde e sustentabilidade” da FIOCRUZ - Manaus.
E-mail: ecfilho@uea.edu.br

Resumo

Com o advento da Lei 14.133/21 (nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC), surge um novo ator das licitações, o agente de contratação, especificado no art. 8º da Lei em comento. Estudar este agente é fundamental para o desenvolver das futuras licitações administrativas, principalmente quanto ao “choque” entre as atribuições deste com o pregoeiro, figuras parecidas, para modalidades diferentes. O pregoeiro descreve-se no art. 8º, §5º, para a execução do pregão, especificamente. O presente artigo, utilizando-se do método dedutivo, discorre utilizando-se de uma análise jurídica, com fundamentos na doutrina, jurisprudência do TCU, legislação pátria e artigos acadêmicos. No estudo, nota-se, em diversos momentos, ocorrer uma confusão entre as disposições do agente de contratação com o pregoeiro, em especial se levar em consideração o histórico entre estes dois atores, porém quando se analisa comparativamente, não se pode afirmar que um possa ser sinônimo do outro, assim observando-se que o agente de contratação é na verdade um novo personagem que a NLLC incluiu nos procedimentos licitatórios para modalidades distintas do pregão e que por isto deve ser designado especificamente para esta atuação, não podendo haver uma designação genérica para condução de procedimentos licitatórios distintos, sob pena de nulidade dos atos executados.

Palavras-Chave: Agentes de contratação. nova lei de licitações. lei 14.133. Pregão. Pregoeiro.

Abstract

With the enactment of Law 14.133/21 (new Bidding and Contracts Law - NLLC), a new bidder appears, the contracting agent, specified in art. 8 of the Law in question. Studying this agent is fundamental for the development of future administrative biddings, mainly regarding the “clash” between this agent’s attributions and the auctioneer, similar figures, for different modalities. The auctioneer is described in art. 8, §5, for the execution of the trading session, specifically. This article, using the deductive method, discusses using a legal analysis, based on doctrine, TCU jurisprudence, national legislation and academic articles. In the study, it is noted, at various times, that there is confusion between the dispositions of the contracting agent and the auctioneer, especially if we take into account the history between these two actors, but when comparatively analyzed, it cannot be said that a can be synonymous with the other, thus observing that the contracting agent is actually a new character that the NLLC included in the bidding procedures for different modalities of the trading session and that, for this reason, must be designated specifically for this action, and there cannot be a designation generic for conducting different bidding procedures, under penalty of nullity of the performed acts.

Keywords: *Hiring agents. New bidding law. Law 14.133. Trading floor. Auctioneer.*

1 INTRODUÇÃO

No dia 1º de abril de 2021 foi publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), uma lei inovadora, pois condensa, de uma forma atualizada, todas as legislações existentes de forma esparsa em uma única lei, além de inovar em diversos momentos. Dentre as inovações da nova Lei elenca-se as modalidades de licitações, deixando de ser previstas as modalidades de tomada de preços e convite e passando a ser elencadas as seguintes modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e o diálogo competitivo, descritos no art. 28, da Lei em epígrafe. Além dessa inovação que inclui o pregão em uma lei geral e acrescenta uma nova modalidade, o diálogo competitivo, ainda tem a substituição da comissão de

licitação pelo agente de contratação e pela comissão de contratação (DI PIETRO *et al.*, 2021, p. 108).

A modalidade de licitação pregão, art. 28, I é utilizada para contratação de compras e serviços comuns, incluindo os serviços de engenharia (JUSTEN FILHO, 2021, p. 216), e necessita, para conduzir o certame, do pregoeiro, anteriormente descrito na Lei 10.520/02, art. 3º, IV, e atualmente na NLLC, art. 8º, § 5º (BRASIL, 2021).

Vale ressaltar que atualmente o decreto 10.024/19, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, também cita a necessidade do pregoeiro para conduzir a sessão pública, conforme art.17 (BRASIL, 2021). Ou seja, a figura do pregoeiro é essencial para a modalidade pregão, tanto na forma presencial, como na forma eletrônica, no momento em que ele sempre aparece, reunindo em si, quase que totalmente, as atribuições conferidas pela Lei 8.666/93 à comissão de licitação. Inclusive, há comentários de que o pregoeiro exerce responsabilidade e autoridade em demasia (NIEBUHR, 2020, p. 325).

Mesmo com a figura do pregoeiro sendo bastante solidificada, entre os doutrinadores e entre as legislações em voga, a Nova Lei elenca mais uma pessoa, o agente de contratação, que atua na contratação de objetos comuns e nas alienações.

Sendo assim, surge a dúvida: o pregoeiro e o agente de contratação são atores distintos? Pois diante do cenário explicitado a figura do pregoeiro confunde-se com a do agente de contratação, em muitos momentos. Essa dúvida é essencial ser analisada para compreensão da sistemática legal, desde a seleção dos servidores para atuar como pregoeiros ou como agentes de contratação, até a própria sistemática de atuação e a divisão de funções que permeiam esses conceitos.

2 DO PREGÃO

A modalidade pregão, altamente difundida nas licitações públicas e utilizada para contratações de compras e serviços comuns, está prevista desde 2002, na lei 10.520, tendo como características naquela época: caráter facultativo (podia-se

utilizar de modalidades convencionais); não tinha limite de valor; permitia a alteração da proposta de preços por lances verbais; dentre outras características. Com o passar do tempo foi criado o pregão eletrônico, através do decreto 5.450/05, o que tornou preferencial o seu uso (JACOBY FERNANDES, 2016, p. 37).

O pregão eletrônico em 2019 sofreu algumas modificações com o advento do decreto 10.024/19, entre as mudanças, instituiu o pregão eletrônico de forma obrigatória, conforme o art. 1º, §3º da referida lei (BRASIL, 2021), que pela importância do teor e para o melhor entendimento, transcreve-se, *in verbis*:

§ 3º Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.¹

Sendo assim, pode-se perceber que o pregão eletrônico é uma espécie da modalidade de licitação pública em que os procedimentos do pregão são adaptados à tecnologia da informação (NIEBUHR, 2020, 121).

Com o advento da nova lei de licitações e contratações públicas, lei 14.133/21, observa-se que em seu inciso XLI, art. 6º, estipulou-se que o pregão é uma modalidade obrigatória para aquisição de bens e itens comuns, cujo critério de julgamento será o de menor preço ou de maior desconto, ou seja a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) segue a mesma linha do decreto 10.024/19, continuando a tornar obrigatório a modalidade pregão para a maior parte das contratações públicas. Ainda estabelece que a forma de licitação não eletrônica tem que ser motivada, obviamente entendendo como exceção o não uso eletrônico,

1 Grifo meu

para quaisquer das modalidades licitatórias, inclusive o pregão, conforme o art. 17 §2º da lei 14.133/21 (BRASIL, 2022).

3 DO PREGOEIRO

A antiga lei do pregão, lei 10.520/02, em seu art. 3º, IV, se referia ao pregoeiro como uma pessoa designada pela autoridade competente, escolhido dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, assim como sua equipe de apoio, onde terá como atribuições, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (BRASIL, 2019).

O decreto do pregão eletrônico, Dec. 10.024/19, também se refere ao pregoeiro, dentre outros artigos, no art. 16, informando que caberá à Autoridade máxima do órgão, ou da entidade, como também aquele que possuir a competência para tal atribuição, designar os agentes públicos para desempenhar a função de pregoeiro, assim como os membros da equipe de apoio e estes deverão ser servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, obrigando também os órgãos a terem planos de capacitação que contenham iniciativas de treinamento para poder formar e atualizar os seus respectivos pregoeiros, como também os membros da equipe de apoio e agentes encarregados da instrução do processo licitatório. (BRASIL, 2019)

É mister analisar que considera-se servidor público na lei 8.666/93 em seu art. 84, todo aquele que exerce, mesmo de forma transitória, inclusive os sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas também é equiparado a servidor público os que exercem cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, como também nas fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como nas demais entidades controladas, de forma direta ou indireta pelo Poder Público. (BRASIL, 1993)

Através desta análise é perceptível observar que a antiga lei de licitações e contratos entendia servidor público de uma forma ampla, inclusive incluindo

cargos comissionados neste entendimento, tanto é que a própria decisão do plenário do TCU no ano de 2014 assim também entendeu, e pela sua relevância transcreve-se, *in verbis*:

Deve ser designada como pregoeiro pessoa pertencente ao quadro do órgão ou da entidade promotora do certame, *a menos que não se disponha de servidor qualificado para atuar na função, situação que justifica a excepcional designação de terceiro estranho à Administração.*
TCU – Acórdão 2166/2014 – Plenário (SILVA, 2017).²

Ou seja, o próprio TCU (Tribunal de Contas da União) entende de forma ampla o servidor público, porém faz a restrição que apenas será possível estranho à Administração ser pregoeiro se não dispuser de servidor qualificado (SILVA, 2017).

Desta feita, o vínculo para a antiga Lei poderia ser tanto estatutário, quanto regido pela CLT, como também englobando cargos efetivos, cargos em comissão, contratados por tempo determinado ou empregados, a única exceção ficaria para os terceirizados que não poderiam ser pregoeiros (NIEBUHR, 2020, p. 24).

No entanto, na Nova Lei de Licitações e Contratos, o pregoeiro é apenas citado uma única vez, no § 5º do art. 8º, onde informa que o agente responsável pela condução do certame, na modalidade pregão, será designado pregoeiro (BRASIL, 2021).

Percebe-se que ocorreu uma mudança de texto, no decurso da publicação da nova lei, ficando sem uma definição precisa quanto ao pregoeiro que será escolhido, principalmente que este não aparece no rol das definições do art. 6º da Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021).

Não obstante a toda a situação elencada, é válido observar que, conforme supramencionado, a definição do pregoeiro encontra-se no §5º do art. 8º, ou seja, ele tem correlação com o art. 8º, que em seu *caput* descreve que a licitação será conduzida por agente de contratação, que será uma pessoa designada pela

2 Grifo meu.

autoridade competente dentre os servidores efetivos e dos quadros permanentes dos empregados públicos e só depois, conforme verificado, no parágrafo 5º estipula que será chamado de pregoeiro o agente responsável pela condução do certame quando for a modalidade pregão (BRASIL, 2021). Ou seja, o que está estipulado para o agente de contratação, também será o designado para o pregoeiro, quando se realizar o pregão, inclusive a escolha dos servidores que deverão ser efetivos ou os empregados públicos que deverão ser dos quadros permanentes, conforme supramencionado, trazendo a partir de agora uma verdadeira mudança na escolha dos designados para exercerem a atuação como pregoeiro.

4 DA CONCORRÊNCIA

Modalidade de licitação que já estava descrita na lei 8.666/93, art. 22, I (JACOBY FERNANDES, 2020, p. 37 e 39), porém na atual legislação, Lei nº 14.133/21, ocorreram mudanças quanto a sua execução.

Conforme descrito no art. 22, §1º da Lei nº 8.666/93, a concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital de execução do seu objeto, obviamente deixando claro que, conforme o art. 23, inciso I, alínea “c” e inciso II, alínea “c”, a concorrência é a modalidade de licitação para obras e serviços de engenharia no valor acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) e para compras e serviços que não sejam de engenharia nos valores acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), o texto não obriga nenhuma forma tecnológica de execução, sendo realizada de forma presencial (JACOBY FERNANDES, 2020, p. 112).

É bom esclarecer que a concorrência também poderia atingir valores mais baixos que o valor descrito, pois nas hipóteses da modalidade convite a administração poderá usar a modalidade tomada de preços e a modalidade concorrência e na hipótese da modalidade tomada de preços, pode ser usado a modalidade concorrência, a inversão não seria possível. (MEDAUAR, 2013, p. 211).

Algumas situações que não se exigia valor também é utilizada pela concorrência, conforme Lei nº 8.666/93, pois neste caso se observa a natureza contratual a ser celebrada, como é o caso de adquirir e alienar bens imóveis, ou no caso de certame internacional, ou ainda nos casos de pretensão de celebrar contrato de concessão de direito real de uso. Além desses casos ainda existe a previsão da Lei nº 11.284/de 02/03/2006, em seu art. 13, §1º, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas e também exigiu a modalidade concorrência para a contratação de concessões florestais (CARVALHO FILHO, 2013, p. 274).

Na Lei nº 14.133/21, as modalidades de tomada de preços e convite já não existem mais, apenas, dentre estas antigas modalidades, a concorrência, descrita no art. 28, II. A concorrência está discriminada como definição no art. 6º, XXXVI, onde informa que a é a modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento pode ser de menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico ou maior desconto. Conforme o art. 17, §2º, a regra (preferência) será de realização eletrônica. (BRASIL, 2022). A realização da licitação na modalidade concorrência também pode acontecer na concessão de serviço público, assim como na contratação de parceria público-privada, conforme art. 10 da lei 11.079/04 (BRASIL, 2022). A condução do certame na modalidade concorrência, de acordo com a NLLC, será do agente de contratação.

5 DO AGENTE DE CONTRAÇÃO

O Agente de Contratação aparece pela primeira vez na NLLC, é uma figura nova e ainda inexplorada, gerando algumas dúvidas. Descrito no *caput* do art. 8º como órgão unipessoal, tem uma concentração de poderes, a sua atuação ocorre em situações com complexidade de simples para mediana, o que gera um procedimento mais célere e simplificado (JUSTEN FILHO, 2021, p. 29), porém, vale salientar que o termo Agente de Contratação não existiu pacificamente desde seu nascimento.

Para compreender toda a formatação desta nova figura surgida na NLLC é primordial compreender o histórico e toda a sua formatação até o surgimento na referida lei da atuação deste novo agente.

Durante o período de análise legislativa da Nova Lei de Licitações e Contratos, o Senado Federal através do Senador Fernando Bezerra Coêlho, incluiu o termo “agente de licitação” no art. 7º do texto do substitutivo ao PLS 552/13, com o intuito de unificar o conceito em todas as modalidades de licitação do agente responsável por realizá-la (BRASIL, 2021). O problema ocorreu que ainda durante a tramitação e análise da NLLC, notou-se a necessidade de permanência do termo pregoeiro, pois já era um termo consolidado em todas as esferas federativas, assim como por toda a sociedade civil. Não se pode olvidar que todo o sucesso do pregão também se deve aos seus executores, os pregoeiros, caso ocorresse a modificação do termo, toda a consolidação efetuada durante anos, poderia ser perdida para iniciar de uma nova forma. Desta feita, o deputado Reinhold Stephanes Júnior (PSD-PR) apresentou a Emenda de Plenário 54/2019, justamente com o propósito de incluir, no artigo 8º do substitutivo adotado pela Comissão Especial do PL 1.292/1995, o parágrafo 7º com a seguinte redação: “em licitações na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado como ‘Pregoeiro” (DE AMORIM, 2021). Além disso o nome de agente de licitação também fica sendo adotado no corpo da legislação em comento, até aprovação pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 05/12/2018 em sede do PL nº 1.292/1995, quando é substituído pelo nome “agentes de contratação” (DE AMORIM, 2021).

É relevante informar que mesmo sendo adotado em todo corpo legal o termo «agente de contratação», no art. 169, I da NLLC, consta em seu bojo o termo «agente de licitação» (DE AMORIM, 2021), talvez um esquecimento do legislador, no momento em que foram alteradas as outras nomenclaturas, conforme demonstrado preteritamente.

6 ANÁLISE LEGISLATIVA DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO E PREGOEIRO

Tendo em vista o art. 8º da NLLC, percebe-se que o agente de contratação será obrigatoriamente servidor efetivo, porém a dúvida ocorre quando a análise discorre quanto ao pregoeiro, pois o §5º supramencionado, além de ser o único local onde é citado a figura do pregoeiro, ainda não esclarece se ele também será efetivo ou não, pois nas legislações pátrias pretéritas, conforme já demonstrado neste artigo, não fazia tal exigência. Entretanto, como a nova legislação revoga a anterior, entende-se que o estudo necessita debruçar-se na nova legislação, sendo este o caso, poder-se-á constatar que para o pregoeiro ser-lhe-á aplicável todo o regramento do agente de contratação (DI PIETRO et al, 202, p. 1 e 2).

Assim temos:

Tabela 1: Modalidades Licitatórias e Seus Agentes.

PREGÃO	PREGOEIRO
CONCORRÊNCIA	AGENTES DE CONTRATAÇÃO OU COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO
BENS OU SERVIÇOS ESPECIAIS	FACULTATIVO: COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Fonte: Autor

Neste mesmo diapasão tem o pensamento de José Anacleto Abduch Santos, em artigo escrito no blog Zênite, em 2021, intitulado de Agente de Contratação, o qual escreve:

“A licitação veiculada na modalidade de pregão será conduzida por pregoeiro. O agente de contratação será responsável por conduzir: a) licitações veiculadas por leilão, quando for designado para tal; b) licitações veiculadas por concurso – porque adotará o critério de julgamento de melhor técnica ou conteúdo artístico, será auxiliado por banca julgadora técnica (art. 37); c) licitações veiculadas por concorrência.”

É válido o destaque de que o agente de contratação, assim como o pregoeiro terá a competência de conduzir a fase de seleção dos fornecedores, ou seja, a fase externa (DE AMORIM, 2021), nada impedindo, nem mesmo a situação do princípio da segregação de funções, de ajudar na fase interna para o bom andamento dos trabalhos, conforme se depreende do *caput* do art. 8º da Nova Lei de Licitações e Contratos, que por sua relevância convém transcrever:

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.*³

7 O DECRETO REGULAMENTAR Nº 11.246/22

O decreto de regulamentar nº 11.246/22 (BRASIL, 2022)⁴, referente a regulamentação do art. 8º, § 3º da NLLC, com fulcro no art. 84, IV da Constituição Federal de 1988, estabelece as regras, dentre outras, dos agentes de contratação, porém nada citando quanto aos pregoeiros, nem muito menos a legislação do art. 8º, § 5º, que os cita. (BRASIL, 2022)⁵ Demonstrando com isto a diferenciação que a União estabeleceu entre o Agente de Contratação e o Pregoeiro.

3 Grifo meu.

4 Novo decreto que regulamenta o agente de contratação, disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.246-de-27-de-outubro-de-2022-440217660>.

5 Tomando por base este decreto, pode-se perceber que a União apenas tenta regulamentar o agente de contratação, dentre outros atores da licitação e contrato administrativo, porém não se preocupa com a figura do pregoeiro, nem muito menos de citar de forma genérica o ordenamento no art.8º, § 5º, como mesmas regras.

8 CONTRATAÇÃO DIRETA

Diferentemente do que ocorre nas modalidades licitatórias, a contratação direta não necessita de agente de contratação, nem de pregoeiro para realizá-la. Há duas modalidades de contratação direta, que são dispensa e inexigibilidade de licitação (JUSTEN FILHO, 2021, p. 939).

A modalidade de contratação direta por dispensa pode ser dividida em duas: dispensável e dispensada. Com o advento da nova lei de licitações e contratos, Lei nº 14.133/21 a diferenciação entre elas ficou mais fácil do que na lei anterior, Lei nº 8.666/93, uma vez que ficou explícita a menção à licitação dispensada, no art. 76, I e II da Lei 14.133/21 e a dispensável no art. 75 da mesma norma. Quanto a inexigibilidade de licitação, continuou fiel às ideias expostas na legislação anterior, ou seja, ocorrendo em situações de inviabilidade de competição (DI PIETRO *et al*, 2021, p. 108).

No início dos estudos da nova Lei de Licitações e Contratos, Niebuhr entendendo que em virtude da contratação direta não ser uma modalidade de licitação pública, mas sim sua dispensa, ela deveria ter sua aplicabilidade de forma imediata (NIEBUHR *et al*, 2020, p. 24). Em que pese o entendimento do autor, é relevante destacar que a aplicabilidade não deveria ser imediata, uma vez que a própria Lei, em seu artigo 191 informava que não havia obrigatoriedade de aplicação tanto para as licitações quanto para as dispensas, *in verbis*:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. ⁶

6 Grifo meu.

Independente do pensamento do ilustríssimo autor, convém destacar que não existe dúvidas quanto a contratação direta não ser uma modalidade licitatória, comprovando desta forma, através de todo o exposto supracitado que a utilização de agentes de contratação ou pregoeiro nestas hipóteses de dispensas ou inexigibilidades de licitação seria uma verdadeira contradição com os referidos conceitos estabelecidos, conforme o próprio dispositivo.

Para destacar ainda mais, convém mencionar uma grande novidade da nova lei de Licitações e Contratos, a chamada contratação indevida, prevista no art. 73 (CARVALHO, 2021), onde mais uma vez não cita sobre pregoeiro, nem sobre agente de contratação, gerando mais uma vez a interpretação de que em qualquer situação da dispensa de licitação não cabe a utilização do agente de contratação e nem do pregoeiro. Pela importância do artigo em comento segue sua transcrição *ipsis litteris*:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.⁷

É válido ressaltar sobre a Contratação Direta, no intuito de estabelecer um entendimento de que o agente de contratação e o pregoeiro atuam especificamente nos assuntos definidos legalmente, o que não entra nos casos de dispensa de licitação e de inexigibilidade da mesma.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se contudo que o estudo realizado sobre o pregoeiro na Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/21, é de extrema relevância, pois, compreender

7 Grifo meu.

esta figura é elucidar questões atinentes à modalidade de licitação mais utilizada pelo governo federal para efetivação de suas compras desde 2005 (BRASIL, 2021) quando já representava 50% das compras federais, assim como em 2018, quando representou, observando todos os entes federativos, 94,9% das licitações realizadas (DE AMORIM, 2021), já era efetuada por meio da modalidade pregão, com destaque ao pregão eletrônico, o que demonstra a força e a envergadura econômica em que este processo/procedimento está inserido.

Debruçar-se sobre a Nova Lei, neste ínterim, é desvendar qual servidor pode realizar a licitação e quais os requisitos para poder fazê-la, evitando uma nulidade processual.

Acresce-se ainda um ponto de grande monta, a efetividade do servidor que atua na licitação, pois, independente de qual dos dois personagens esteja sendo analisado, se o pregoeiro ou o agente de contratações, todos eles têm que ser efetivos, conforme explicitado no *caput* do art. 8º da Nova Lei.

Evitando ocasionar conclusões precipitadas, convém ressaltar que, mesmo com as mesmas atribuições exercidas, a título geral, tanto do agente de contratação, como do pregoeiro, não se pode afirmar que sejam expressões sinônimas, muito menos pode-se estabelecer que a diferenciação entre o agente de contratação e o pregoeiro seja apenas uma questão de nomenclatura, conforme uma parte da doutrina estabelece. O pregoeiro e o agente de contratações são figuras diferentes, (DI PIETRO, *et al.*, 2021, p. 105) por mais que o histórico e a formatação da licitação permitam interpretar de forma divergente. As peculiaridades da função do pregoeiro, como, por exemplo, a execução de curso de formação e capacitação específica para pregoeiros, realizados de forma obrigatória, constantes em atos infralegais, demonstra estar diante de duas figuras diferenciadas e na NLLC, também não desvirtua dessas exigências. O próprio decreto regulamentar nº 11.246/2022, demonstra que a regulamentação é específica para o art. 8º §3º, da Lei 14.133/21, onde é citado apenas sobre o agente de contratação e nada dispendo sobre o art. 8º, § 5º, da mesma Lei, que se refere ao pregoeiro, demonstrando com esta ocorrência, a ideia de duas figuras distintas, a serem regulamentadas em tempos distintos.

A partir deste momento, tendo ciência de que as funções do agente de contratação e pregoeiro são distintas, pode-se ter a certeza que a designação do servidor para exercício da atividade de pregoeiro tem que ser realizada por ato próprio e separadamente da designação para a atividade de agente de contratação (designação genérica), ou seja, há a possibilidade da ocorrência no mesmo ato administrativo, no entanto com as designações estipuladas separadamente.

Observando-se todo o exposto supramencionado, pode-se também concluir que, a partir da Nova Lei, as prefeituras em diversas cidades do Brasil e governos estaduais e federal terão que realizar inúmeras alterações no seu quadro de servidores da área de licitações, pois haverá a necessidade de, para adequar-se à legislação recente, os servidores não efetivos terem que ser retirados dos quadros de licitações, designando, a partir de então, os servidores efetivos, uma grande mudança em diversas estruturas administrativas do Brasil, que deve ser entendida como relevante e fortalecedora para a atividade licitatória.

Partindo de todo o pressuposto informado, utilizando como base os procedimentos licitatórios na Lei 14.133/21, pode-se concluir desses excertos que, respeitando o princípio da legalidade e observando que a competência é irrenunciável⁸, assim como partindo do pressuposto que a não observância do elemento competência⁹ gera nulidade do ato, pode-se afirmar serem nulos os atos administrativos que não tenham designado especificamente o pregoeiro ou o agente de contratação nas licitações efetuadas (esses atos não são necessários para os casos de dispensa de licitação e nem para os casos de inexigibilidade de licitação). Também é nulo o procedimento realizado, após designação específica, para pregoeiro ou para agente de contratação, que não tenha contemplado servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente.

8 Art. 11 Lei 9.784/99.

9 Art. 2 Lei 4.717/65

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 14.133 de 1º de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acessado em 15/11/2021;

BRASIL. **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acessado em 15/09/2022.

BRASIL. **Lei 4.717 de 29 de junho de 1965**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acessado em: 16/09/2022.

BRASIL. **Notícias Comprasnet**. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=189. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **Decreto 10.024 de 20 de Setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acessado em 15/11/2021;

BRASIL. **Decreto 11.246 de 27 de outubro de 2022**. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-11.246-de-27-de-outubro-de-2022-440217660>. Acessado em 02/12/2022;

BRASIL. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/05/2022&jornal=608&pagina=1&totalArquivos=2>. Acessado em: 22/06/2022.

BRASIL. **Lei 10.520 de 17 de julho de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acessado em: 15/11/2022.

BRASIL. **Decreto 10.024 de 20 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acessado em: 15/11/2021.

BRASIL. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm Acessado em: 16/11/2022.

BRASIL. **PLS559/13**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3801613&ts=1630413089477&disposition=inline>, acessado em: 15/11/2021.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, pág: 274.

CARVALHO, Guilherme. **Da Contratação Direta Indevida Prevista na Lei nº 14.133/21**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/227965/ConJur%20-%20Da%20contrata%20direta%20indevida%20prevista%20na%20Lei%20n%2014.133.pdf?sequence=1>, Acessado em: 08/09/2022.

DE AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **A figura do “agente de licitação” (e a ausência do pregoeiro) no PL 1.292/1995**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/victor-amorim-figura-agente-licitacao-pl12921995>. Acessado em: 15/11/2021.

DE AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Enfim, quem é o “agente de contratação”?** Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17556&n=undefined. Acessado em: 15/11/2021.

DE AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Enfim, quem é o “agente de contratação” na Nova Lei de Licitações?** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224250/ENFIM%20QUEM%20e%20O%20AGENTE%20DE%20CONTRATAÇÃO%20NA%20NOVA%20LEI%20DE%20LICITAÇÕES.pdf?sequence=1>. Acessado em: 08/08/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pags: 1 e 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág: 105.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *et al.* **Licitações e Contratos Administrativos: Inovações da Lei 14.133/21.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág: 108.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação Direta Sem Licitação.** 10ª Ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016, pág: 112.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Lei nº 8.666/93.** 20ª Ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020, pág: 37.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Lei nº 8.666/93.** 20ª Ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020, pág: 37 e 39.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág: 29.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág: 216.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág: 939.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 17ª Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, pág: 211.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pág. 121.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico.** 8ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pág. 325.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 1ª Ed. Florianópolis: Zenite, 2020, pág: 24.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Agente de Contratação**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/agente-de-contratacao/> Acessado em: 07/08/2022.

SILVA, Ieda Lúcia. **Quem pode ser Designado e Quem Pode Atuar Como um Pregoeiro?** Disponível em: <https://ofirlicitacoes.com.br/quem-pode-ser-designado-e-quem-pode-atuar-como-pregoeiro/> Acessado em: 15/01/2021.

Submissão: 27.dez.22

Aprovação: 8.jan.23