

Título : "VIRADA DE CHAVE" PARA A NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS MUNICÍPIOS: DEVER DE CAPACITAÇÃO
Autor : José Anacleto Abduch Santos

"VIRADA DE CHAVE" PARA A NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS MUNICÍPIOS: DEVER DE CAPACITAÇÃO

JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS

Advogado, Procurador do Estado, Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela UFPR.

Em 30 de dezembro de 2023 serão revogadas a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 10.520/2002. A partir de 01 de janeiro de 2024 os processos de contratação pública serão regidos, essencialmente, pela Lei nº 14.133/21, a nova Lei de Licitações.

A Lei nova contém significativas inovações no regime jurídico das licitações e das contratações públicas.

1. O SISTEMA NORMATIVO DE DESIGNAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA ATUAR NAS FUNÇÕES ESSENCIAIS DO PROCESSO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Uma das inovações mais relevantes é o sistema normativo de designação de agentes públicos para o exercício de funções essenciais no processo da contratação. A partir da nova Lei, a designação para tais atribuições não pode mais ser realizada de modo aleatório, sem atenção a requisitos normativos fundamentais e desacompanhadas de justificativa suficiente no que tange aos aspectos subjetivos e objetivos que devem ser observados.

Funções essenciais são aquelas estruturantes e indispensáveis para o regular, eficiente, eficaz, econômico e legítimo processo de contratação. São atribuições inerentes à etapa de planejamento (elaboração de estudo técnico preliminar, termo de referência, estruturação de processo de gestão de riscos, projeto básico, projeto executivo, minuta de instrumento convocatório e seus anexos obrigatórios); à etapa de seleção do prestador ou fornecedor (agente de contratação, pregoeira ou pregoeiro, membro de comissão de contratações ou de equipe de apoio, membro de banca especial, leiloeiro); e à fase de execução de contrato (fiscal e gestor de contrato, responsável pelo recebimento provisório e pelo recebimento definitivo do objeto). Consideram-se funções essenciais, também, as de assessoria jurídica e de controle interno.

No que diz com os requisitos legais para ocupar/exercer tais funções essenciais, o primeiro é de que a designação deve ocorrer mediante gestão por competências.

De acordo com o relatório da OCDE, Avaliação da Gestão de Recursos Humanos no Governo – Brasil 2010 ¹:

As competências são geralmente definidas como a combinação de conhecimentos, habilidades e comportamentos que resultam em bom desempenho no emprego. Estes são geralmente identificados e validados por meio da observação e análise do que é necessário para um bom desempenho. O aspecto comportamental é uma parte crucial da competência: não é só o conhecimento e as habilidades técnicas ou especializadas que as pessoas trazem para o seu trabalho que conta. Os empregadores entendem que comportamentos como comunicação, trabalho em equipe, flexibilidade e habilidades interpessoais desempenham um papel crucial na forma como as pessoas desempenham (Armstrong, 2001; Chartered Institute of Personnel and Development, 2008).

Gestão por competências é metodologia que leva em conta, para decisões no plano de gestão de recursos humanos, os conhecimentos, as habilidades e as aptidões do agente, de modo que uma certa e determinada função somente seja realizada por pessoa que pode produzir resultados de excelência, sob os prismas pessoal e institucional.

Designar agentes para as funções essenciais por gestão por competências é processo complexo, que demanda avaliação criteriosa de conhecimentos, habilidades e aptidões dos candidatos, para que a escolha recaia sobre aqueles que, de fato, terão adequadas condições para o exercício das atribuições relacionadas a licitações e contratações públicas.

Além desta exigência, os agentes públicos, para exercerem as funções essenciais do processo da contratação devem ser (i) preferencialmente efetivos; (ii) ter atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou deter qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e, ainda, (iii) não podem ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem ter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

2. DEVER JURÍDICO DE PROMOVER A CAPACITAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Atente-se que a Lei contém uma diretriz normativa expressa e fundamental: os agentes públicos para atuarem nos processos de contratação devem ser plenamente capacitados.

Com efeito, o regime jurídico instituído pela Lei nº 14.133/2021, neste pormenor, revela que a excelência no cumprimento adequado das missões legais e constitucionais a eles delegadas é diretamente vinculada à sua qualificação técnica.

Nesta medida, tem-se que a efetivação do princípio da eficiência depende da atuação de servidores públicos plenamente capacitados em suas específicas áreas de atuação, para exercício, com excelência, das atribuições de seus cargos públicos em geral e para o exercício de funções essenciais no processo da contratação em especial.

Logo, para que os servidores públicos possam conferir efetividade ao princípio da eficiência em especial, bem como a todo o regime jurídico administrativo em geral, faz-se necessária sua suficiente e permanente capacitação.

A Constituição Federal atribui à capacitação permanente dos servidores públicos uma posição de destaque no plano constitucional, ao estabelecer no artigo 41, § 1º, III, que uma das formas de perda do cargo público, no caso de servidor estável, é a insuficiência em avaliação periódica de desempenho.

Ao instituir a possibilidade de perda de cargo público por servidor estável, o legislador constitucional determinou ao servidor o dever de se manter atualizado e capacitado em relação às atribuições de seu cargo, mas também determinou à Administração Pública o dever de proporcionar aos servidores as oportunidades de plena capacitação para o exercício de suas obrigações funcionais, com eficiência.

Registre-se, também, que a atividade contratual da Administração Pública é instrumental e funcional para a consecução de missões constitucionais que lhe são atribuídas. Desta feita, é preciso considerar que a excelência, a eficácia e a eficiência administrativas dependem, em grande medida, das contratações públicas que celebram para a concretização de obras, fornecimentos e serviços indispensáveis ao funcionamento da máquina pública.

Assim, parece inegável que, ao tempo em que compete à Administração Pública prestar serviços e atividades públicos com eficiência deverá, para tanto, realizar contratações de excelência, por intermédio de agentes públicos designados na forma da Lei.

O Tribunal de Contas da União de muito alerta para a importância e para o dever jurídico de capacitação dos servidores públicos:

Acórdão no 2.352/2016 – Plenário

[...] capacite os gestores na área de aquisições em gestão de riscos;

[...] elabore Plano Anual de Capacitação para a organização, estabelecendo um modelo de competências para os ocupantes das funções chave da área de aquisição, em especial, para aqueles que desempenham papéis ligados à governança e à gestão das aquisições e para aqueles que exerçam funções de pregoeiro ou na comissão de licitações e na fiscalização e gestão dos contratos, de forma que somente servidores capacitados possam ser designados para exercer tais atribuições;

[...] adote mecanismos para acompanhar a execução do plano anual de capacitação.¹

Note que a precariedade na gestão das aquisições pode ser causada pela incipiente capacitação dos agentes públicos, que não possuem, em seu favor, controles e planos de governança que contenham projetos estratégicos de capacitação.

O investimento no desenvolvimento humano profissional deve ser prática e prioridade da Administração Pública. As atividades podem ser substancialmente aprimoradas se a iniciativa de ações de capacitação e desenvolvimento gerencial estiver efetivamente implantada. (Destacamos.)

Acórdão nº 564/2016 – TCU – 2ª Câmara

1.7. Recomendar à omissis que:

1.7.4. adote medidas administrativas necessárias: (a) ao adequado acompanhamento da execução contratual; (b) à proibição de uso dos veículos oficiais por pessoas estranhas ao serviço público; (c) à capacitação de pessoal nas áreas de patrimônio e gestão de contratos; (d) à revisão e à adequação das informações do Relatório de Gestão aos normativos em vigor; (e) à inscrição dos bens no Spinet e sua reavaliação; (f) à normatização do controle de uso e do abastecimento dos veículos; (g) à definição do planejamento operacional das ações e das compras; (h) e à observância das disposições da Lei 8.666/1993.

Acórdão nº 544/2016 – TCU – 1ª Câmara

1.7. Determinar ao omissis, com fundamento no art. 208, § 2º, do RI/TCU, que elabore um plano de ação, no prazo de 90 dias, contemplando as seguintes medidas:

1.7.1. realização de treinamento e de aperfeiçoamento de pessoal na área de recursos logísticos para adquirir conhecimento quanto aos procedimentos de aquisição de materiais com determinadas especificações ambientais;

1.7.2. promoção da capacitação dos servidores da área técnica para manuseio da ferramenta oferecida no Sistema Comprasnet;

1.7.3. implementação de medidas que tornem os resultados das fiscalizações das transferências eficazes e que previnam prejuízos ao erário;

1.7.4. implementação de rotinas a fim de identificar e de tratar as acumulações ilegais de cargos na Unidade Jurisdicionada;

1.7.5. instituição formal de normas estabelecendo atribuições e responsabilidades dos agentes responsáveis pela regularidade dos pagamentos e pelo cumprimento da legislação na área de pessoal;

1.7.6. implementação de rotinas quanto à atualização periódica do Plano de Providências Permanente, de forma a evitar descumprimento de prazos de atendimento das recomendações do Órgão de Controle Interno.

Acórdão nº 3.707/2015 – TCU – 1ª Câmara

1.7.1 Recomendar ao omissis, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que:

1.7.1.1 promova a capacitação continuada dos agentes responsáveis pela elaboração de procedimentos licitatórios e adote, formalmente, medidas administrativas que coíbam a restrição à competitividade na elaboração de procedimentos licitatórios;

Acórdão nº 1.709/2013 – TCU – Plenário Acórdão

9.1.3. institua política de capacitação para os profissionais do (omissis), de forma regulamentada, com o objetivo de estimular o aprimoramento de seus recursos humanos, especialmente aqueles

correlacionados com as áreas de licitações e contratos, planejamento e execução orçamentária, acompanhamento e fiscalização contratual e outras áreas da esfera administrativa, de modo a subsidiar melhorias no desenvolvimento de atividades nas áreas de suprimentos/compras, licitações/contratos e recebimento e atesto de serviços.”

Acórdão nº 8.233/2013 – TCU – Primeira Câmara

1.7. Dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades: (...) 1.7.3 não realização, para os servidores que atuam na área de licitações e contratos, de treinamentos sobre licitações sustentáveis, fiscalização de contratos, serviços contínuos e outros correlatos, conforme recomendado no Acórdão 4.529/2012-TCU-1ª Câmara;

Acórdão nº 2.917/2010 – Plenário – TCU

(Representação. Informática. Contrato de produtos e serviços de suporte técnico para internalização da tecnologia. Obrigatoriedade de designação formal de servidores qualificados para fiscalização contratual) (RELATÓRIO) (...) 5.7.6. Acerca das incumbências do fiscal do contrato, o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços (item 9.2.3 do Acórdão nº 2.632/2007-P). 5.7.7. O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal (itens 31/3 do voto do Acórdão nº 468/2007-P). (TCU, Acórdão nº 2.917/2010, Plenário, Rel. Valmir Campelo, DOU de 09.11.2010.)

Acórdão nº 2.997/2009 – Plenário – TCU

Convênio. Fraude na comprovação de que os serviços foram executados) (VOTO) 13. Outra ocorrência grave foi a emissão dos Pareceres Técnicos de nº 01 a 04/2005 por funcionário não qualificado e competente para atestar os serviços prestados, haja vista que tal empregado só possuía formação de nível fundamental e, de fato, não acompanhou ou fiscalizou a execução do contrato. O próprio funcionário, Sr. [omissis], confirma a irregularidade, conforme depoimento colhido nos autos (fis. 118/119 – VP): (...). (TCU, Acórdão nº 2.997/2009, Plenário, Rel. Valmir Campelo, DOU de 11.12.2009.)

A adoção de condutas destinadas à formação e à capacitação dos agentes públicos para as funções essenciais do processo da contratação pública é, assim, um dever jurídico do Administrador Público.

3. CAPACITAÇÃO PARA AS FUNÇÕES ESSENCIAIS COMO DIREITO DOS AGENTES PÚBLICOS

De outro ângulo, é um direito dos agentes públicos receberem a devida e suficiente capacitação periódica, para bem executarem suas atribuições e para evitar o cometimento de ilegalidades e irregularidades que possam ensejar a responsabilização pessoal.

Na exata proporção em que existe um dever jurídico, por parte da Administração, de promover a capacitação dos agentes públicos para as funções essenciais do processo da contratação, há um direito, por parte deles (dos agentes) de receberem a devida e suficiente capacitação.

Designar agentes públicos para funções administrativas sem que tenham a suficiente capacitação caracteriza grave defeito de organização.

A capacitação deficiente pode, no plano causal, produzir condutas materiais e jurídicas defeituosas, ilegais ou irregulares. Pela prática de tais condutas, o agente público pode ser responsabilizado pessoalmente, a título de dolo ou de erro grosseiro.

A capacitação dos agentes públicos para o exercício adequado de suas atribuições tem potencial para evitar o cometimento de erros grosseiros. E o erro grosseiro, sabe-se, é causa de

responsabilização pessoal dos agentes públicos, nos exatos termos da norma contida no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

Ora, se a capacitação técnica tem o condão de evitar defeitos de conduta administrativa, e, por consequência, a responsabilização pessoal, parece evidente que há um direito subjetivo público, por parte dos agentes públicos, de receberem a devida e suficiente capacitação para a prática dos atos que lhes forem designados.

4. PLANO DE AÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO E APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS MUNICÍPIOS

No que diz respeito à governança dos contratos, é fundamental que a Administração adote imediatamente (e as mantenha) as condutas destinadas à preparação dos recursos humanos para implantar e aplicar a nova Lei de Licitações, em especial no âmbito municipal.

Claro que esta tarefa é imperativa para todos os entes e órgãos da Administração Pública, mas é nos Municípios que se evidenciam as maiores dificuldades – ao menos como regra geral. São os Municípios que padecem com estruturas jurídicas menores e mais dificuldades de gestão de recursos materiais, bem como de recursos humanos.

Em que pese tais dificuldades, o dever jurídico de adotar providências mínimas indispensáveis para a implantação e aplicação da nova Lei persiste.

Sugere-se, no mínimo (no que tange aos recursos humanos), as seguintes providências administrativas:

a) elaborar um diagnóstico da efetiva e concreta situação dos recursos humanos disponíveis para atuar nas funções essenciais de que trata a Lei: servidores disponíveis, natureza do vínculo com a Administração Municipal (efetivos ou titulares de cargo em comissão, cedidos ou à disposição), qualificação técnica, experiência na área, entre outros fatores relevantes;

b) avaliar o volume de licitações e contratações diretas realizados a cada exercício, por categoria de contratos: fornecimento de bens, locações, serviços ou obras;

c) estimar as contratações que serão necessárias no próximo exercício;

d) estimar o volume de licitações que será realizado pela modalidade pregão e pela modalidade de concorrência;

e) estimar o número de servidores necessários para efetivar o planejamento, as licitações ou contratações diretas, e o controle das execuções contratuais (fiscal e gestor);

f) identificar os servidores que serão designados (ou permanecerão designados) para as funções essenciais do processo da contratação (etapa de planejamento, etapa de seleção e etapa de execução contratual);

g) avaliar os aspectos relacionados aos conhecimentos, habilidades e aptidões dos servidores que serão ou permanecerão designados para as funções essenciais do processo;

h) elaborar um programa e cronograma adequados e efetivos de formação, capacitação e atualização dos agentes eleitos para a condução do processo da contratação com fundamento na Lei nº 14.133/2021;

i) formar, capacitar ou atualizar efetivamente os agentes públicos em relação ao regime jurídico da Lei nº 14.133/2021, imediatamente, de modo que a partir de janeiro de 2024 todos os agentes públicos designados para funções essenciais estejam, nos termos da Lei, aptos para esta atribuição.

Fundamental concluir que, erros, ilegalidades, prejuízos para o erário, ou licitações e contratos mal conduzidos decorrentes de falta de capacidade técnica dos agentes públicos caracteriza grave defeito de organização e de governança dos contratos, que pode ensejar a responsabilização direta e pessoal dos gestores públicos.

A responsabilização pode ser evitada. Recomenda-se, para tanto, adotar imediatamente as providências necessárias para a aplicação da nova Lei de Licitações. Ainda que dezembro de 2023 pareça bem distante...

Acompanhe também novidades sobre licitações e contratos pelo instagram @joseanacleto.abduch.

¹ Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/Relatorio%20OCDE%20-%20Avaliacao%20da%20Gestao%20de%20RH%20no%20Governo%20-Brasil%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Relatorio%20OCDE%20-%20Avaliacao%20da%20Gestao%20de%20RH%20no%20Governo%20-Brasil%20(1).pdf).

Como citar este texto:

SANTOS, José Anacleto Abduch. “Virada de chave” para a Nova Lei de Licitações nos municípios: dever de capacitação. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 27 mai. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.