



ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL

Número Único: 1028319-75.2023.8.11.0000

Classe: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (95)

Assunto: [Inconstitucionalidade Material, Processo Legislativo, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade]

Relator: Des(a). PAULO DA CUNHA

***Turma Julgadora:** [DES(A). PAULO DA CUNHA, DES(A). ANTONIA SIQUEIRA GONCALVES, DES(A). CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, DES(A). CLARICE CLAUDINO DA SILVA, DES(A). GUIOMAR TEODORO BORGES, DES(A). JOAO FERREIRA FILHO, DES(A). JUVENAL PEREIRA DA SILVA, DES(A). LUIZ FERREIRA DA SILVA, DES(A). MARCIO VIDAL, DES(A). MARIA EROTIDES KNEIP, DES(A). RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO, DES(A). RUI RAMOS RIBEIRO, DES(A). SERLY MARCONDES ALVES]*

Parte(s):

[PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO (AUTOR), MUNICIPIO DE DIAMANTINO - CNPJ: 03.648.540/0001-74 (REU), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (CUSTOS LEGIS), CAMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINO - CNPJ: 03.932.753/0001-23 (REU), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (AUTOR)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a ÓRGÃO ESPECIAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). CLARICE CLAUDINO DA SILVA, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **POR UNANIMIDADE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

EMENTA



ESTADODE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO DES. PAULODA CUNHA

GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (95)

AUTOR: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTERESSADOS: MUNICIPIO DE DIAMANTINO E CAMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINO

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI N. 1.439/2001, DO MUNICÍPIO DE DIAMANTINO – REGRAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO – COMPETÊNCIA DA UNIÃO – ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEI MUNICIPAL QUE ADMITE DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR, EM CARGO COMISSIONADO, PARA SER AGENTE DE CONTRATAÇÃO – EXTRAPOLA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR – OFENSA AOS ARTIGOS 173, § 2º E 193, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICO E

INSTITUCIONAL – MODULAÇÃO DOS EFETOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO.

O artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, conferiu à União Federal, o poder de dispor sobre normas gerais em tema de licitações e contratações administrativas, reservando, no entanto, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios.

O Município de Diamantino, ao editar a Lei n. 1.439/2021, e incluir a expressão ‘preferencialmente’ ao artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, avançou sua competência, que é suplementar, invadindo a competência privativa da União, disciplinando a possibilidade de servidor, ocupante de cargo comissionado, ser nomeado como agente de contratação, sem que a função tenha qualquer relação de fidejussão, assessoramento, chefia e/ou direção.

R E L A T Ó R I O



ESTADODE MATOGROSSO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA

Gabinete 6 - Órgão Especial

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (95) 1028319-75.2023.8.11.0000

AUTOR: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTERESSADOS: MUNICIPIO DE DIAMANTINO E CAMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINO

RELATÓRIO

EXMO. SR. DES. PAULO DA CUNHA

Egrégio Órgão:

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo **Procurador-Geral de Justiça** em face do artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, *“que dispõe sobre regras de licitação para pleno uso da nova Lei n. 14.133/2021; Altera a Lei 1.190/2018; dá novas nomenclaturas a cargos e dá outras providências”*.

O autor da ação sustenta a inconstitucionalidade formal da expressão ‘preferencialmente’, constante no artigo 1º da referida lei, pois, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, *“compete privativamente à União legislar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”*.

Alega que, ao Município, é atribuída a competência suplementar, nos termos do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, para legislar sobre matéria de interesse local.

Aduz que os artigos 1º e 6º, inciso LX, e artigo 8º, da Lei Federal n. 14.133/2021, que estabelece regras gerais de licitação e contratação para a Administração Pública *“determina que o 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”*.

Garante que somente os servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública podem exercer a função de agente de contratação e, via de consequência, conduzir a licitação.

Assegura, nesse sentido, que fere ao ente municipal a competência legislativa para contrariar norma federal, permitindo que o *“servidor público comissionado ocupe a função de agente de contratação, eis que não encontra guarida no permissivo do art. 30, incisos I e II, em sua*

leitura concomitante com o art. 22, XXVII, ambos da Carta da República”.

Pleiteia a procedência da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão “preferencialmente”, constante no art. 1º da Lei Municipal n. 1.439/2021, do Município de Diamantino/MT, eis que extrapola a competência suplementar reconhecida aos Municípios pela Constituição da República e viola a autonomia dos entes federativos, em ofensa aos art. 173, § 2º e 193, da Constituição do Estado de Mato Grosso.

Requer a modulação dos efeitos, com a concessão dos efeitos prospectivos para que não sejam prejudicadas as licitações em andamento que estejam sendo conduzidas por eventual servidor público comissionado.

Não há pedido de medida cautelar.

A Câmara Municipal de Diamantino, nas informações, manifestou-se somente quanto ao processo legislativo, aduzindo que o projeto de lei seguiu os trâmites necessários à aprovação da Lei n. 1.349/2021.

O Procurador-Geral do Município defende o ato impugnado, afirmando que cabe à União definir normas gerais sobre licitação e aos demais entes da federação, nos termos do artigo 24, inciso XI, §§ 1º e 2º, e artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, legislar sobre normas específicas de acordo com suas peculiaridades.

Nesse sentido, requer seja a ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

O Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico e Institucional manifesta-se pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, reconhecendo-se a inconstitucionalidade formal da expressão ‘preferencialmente’, constante no artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, por violar a autonomia dos entes federativos e ofensa ao artigo 173, § 2º e artigo 193 da Constituição Estadual.

É o relatório.

VOTO RELATOR



ESTADODE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA

GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (95)

AUTOR: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTERESSADOS MUNICIPIO DE DIAMANTINO E CAMARA MUNICIPAL DE DIAMANTINO

VOTO (MÉRITO)

EXMO. SR. DES. PAULO DA CUNHA (RELATOR)

Egrégio Órgão:

O Procurador-Geral de Justiça propõe ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, que disciplina:

LEI ORDINÁRIA N. 1.439/2021

Dispõe sobre regras de Licitações para pleno uso da nova Lei 14.133/2021; Altera a Lei 1.190/2018; dá novas nomenclaturas a cargos e dá outras

providências.

O Prefeito do Município de Diamantino do Estado de Mato Grosso, Manoel Loureiro Neto, no uso de suas atribuições que lhes são conferidas por lei, faz saber que a Câmara Municipal de Diamantino aprovou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, **preferencialmente** 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.

(...)

Diamantino/MT, 03 de novembro de 2021.

Manoel Loureiro Neto

Prefeito Municipal

Com o intuito de conferir à pecha de inconstitucionalidade à expressão ‘preferencialmente’ do artigo 1º Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, o autor da ação sustenta que compete à União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, legislar privativamente sobre regras gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A questão posta a julgamento não demanda maiores delongas, pois a matéria tratada na presente ação invade competência da União para legislar sobre regras gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.

Nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação. Senão:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI,

e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

O fato de a Constituição Federal definir como competência privativa da União legislar sobre determinadas matérias, como normas gerais de licitação e contratação, permitiu aos Estados legislar (não concorrentemente), mas suplementarmente, conforme § 2º do artigo 24 da Constituição:

Quanto aos Municípios, sua atuação em normas de licitação, deve se limitar à competência suplementar, nos termos do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Todavia, naquilo que a norma geral já disciplinou, exauriu e esgotou, não terá lugar a competência suplementar.

De tal modo, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser alterada, mas sim complementada ou suplementada.

Sobre o tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"Segundo o sistema concebido pelos §1º e 4º do artigo 24 da Constituição, em tema de competência concorrente, à União incumbe o estabelecimento de normas gerais, restando aos Estados a atribuição de complementar as lacunas da normatização federal, consideradas as situações regionais específicas. Assim, salvo em caso de ausência de lei editada pela União, não podem os Estados disciplinar matérias revestidas de generalidade tal que importe invasão das atribuições reservadas apenas à União (CF, artigo 24, §1º). Conforme assevera Alexandre de Moraes, "uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes e peculiaridades regionais (competência suplementar)" (ADI n. 2.303-9/RS, relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em 23-11-2000).

“Cumpre observar que o art. 22, XXVII da Carta Política conferiu, à União Federal, o poder de dispor sobre normas gerais em tema de licitações e contratações administrativas, reservando, no entanto, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, um espaço de liberdade decisória que lhes permite - respeitadas as diretrizes e os princípios fundamentais que regem a matéria – legislar em caráter suplementar” (ADI n. 2.053-MC, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 14-8-2001).

Portanto, desde que não sejam incompatíveis com a regulamentação federal, admite-se a edição de normas suplementares pelos demais entes federativos, observado o respeito no âmbito de gestão ou organização administrativa.

Assim, da leitura do artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, vislumbra-se que a legislação local disciplinou matéria de forma contrária à norma geral federal, ao estabelecer que “a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, **preferencialmente** entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública”.

Nessa perspectiva, a Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), estabelece, em seus artigos 6º e 8º, que:

“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 de licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e

executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação” (grifei).

A respectiva lei federal, que estabelece regras gerais de licitação e contratação para a Administração Pública, considera agente de contratação **servidores efetivos** ou **empregados públicos** dos quadros da Administração Pública, não prevendo a hipótese de servidor público comissionado para exercer essa função.

A Constituição Federal, ao tratar da Administração Pública, definiu no artigo 37, inciso V, que os cargos em comissão se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, com repercussão geral reconhecida, reiterou o entendimento no sentido de que:

“Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.
2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) **que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;** b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria.
3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justificapara o exercíciode funções de direção, chefia e assessoramento,não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas,técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionadoscriados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir” (RE 1041210 RG, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27-09-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-107 DIVULG 21-05-2019 PUBLIC 22-05-2019)(grifei).

Com efeito, da leitura conjugada do artigo 6º, inciso LX, da Lei n. 14.133/21, e do artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, vislumbra-se que a função exercida pelo agente de contratação não se enquadra nas atribuições de servidores ocupantes de cargos comissionados. Isso porque, repita-se: o cargo comissionado somente pode exercer função de chefia, assessoramento ou direção.

Essa matéria, inclusive, tem sido objeto de consulta em diversos Tribunais de Contas do Brasil, que tem entendido que o agente de contratação seja servidor efetivo.

Deste modo, foi o entendimento do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, ao apreciar o tema em consulta formulado por meio do Processo n. 5.819/2022:

“(…).

b) responder à consulta formulada nos seguintes termos:

b.1) considerando as disposições contidas no art. 6º, inciso LX, e art. 8º, da Nova [Lei de Licitações](#) e Contratos Administrativos, Lei nº [14.133/2021](#), de 01 de abril de 2021, **somente servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo devem ser designados como agente de contratação para atuar na condução do processo de licitação**

b.2) consoante a definição de Administração Pública inserida no art. [6º](#), inciso [III](#), da Lei nº [14.133/2021](#), compreendendo a administração direta e

indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas, é possível designar servidores efetivos, cedidos de qualquer das esferas de governo para atuar como agente de contratação na condução do processo de licitação;

b.3) o servidor, cuja estabilidade fora adquirida em virtude do exposto no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da [Constituição Federal/1988](#), não pode ser considerado servidor efetivo, já que não foi provido ao cargo, na forma regulada pelo artigo [37](#), da [Constituição Federal/88](#), qual seja, concurso público;

b.4) não é possível designar para agente de contratação servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão. Até a revogação por completo da Lei nº [8.666/1993](#) e da Lei nº [10.520/2002](#) poderia ou ainda pode a municipalidade preparar os servidores estáveis de seus quadros para serem agentes de contratação previsto no inciso LX do art. 6º c/c a força normativa contida no art. [7º](#) da Lei nº [14.133/2021](#).

c) consignar que a resposta a esta consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

d) encaminhar ao consulente uma via original da decisão proferida, acompanhada de cópia do relatório/proposta de decisão do Relator, do Relatório de Instrução Técnica e do parecer Ministerial, para conhecimento e providências.

e) determinar o arquivamento dos presentes autos” (grifei).

Em igual sentido, o Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, no Processo TCE-RJ n. 249.203-1/22, decidiu:

“LEGISLAÇÃO. LICITAÇÃO. OCUPAÇÃO. AGENTE PÚBLICO. INDICAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EFETIVO. O art. 7º da Lei nº 14.133/21 estabeleceu preferência pela designação dos servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração

Pública para o desempenho das funções essenciais à sua execução, ressalvando a situação do agente de contratação, cuja designação deverá recair necessariamente em servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros da Administração Pública, nos termos do art. 8º da Lei nº 14.133/21” (destaquei).

Nessa perspectiva, além de o Município de Diamantino avançar sua competência, que é suplementar, invadindo competência privativa da União, ainda editou lei que prevê a possibilidade de servidor, ocupante de cargo comissionado, ser nomeado como agente de contratação, sem que a função tenha qualquer relação de fidúcia, assessoramento, chefia e/ou direção.

Destarte, a expressão ‘preferencialmente’ constante no artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, deve ser declarada inconstitucional, por extrapolar a competência suplementar reconhecida aos Municípios.

No tocante à modulação dos efeitos, o Procurador-Geral de Justiça requer a concessão dos efeitos prospectivos para que não sejam prejudicadas as licitações em andamento, que estejam sendo conduzidas por eventual servidor público comissionado.

Pelo exposto, em consonância com parecer do Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico e Institucional, JULGO PROCEDENTE a ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional a expressão ‘preferencialmente’ do artigo 1º da Lei n. 1.439/2021, do Município de Diamantino, por violar os artigos 173, § 2º e 193, da Constituição Estadual, modulando os efeitos, por razões de segurança jurídica, atribuindo-se eficácia *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, a partir do trânsito em julgado do presente acórdão.

É como voto.

Data da sessão: Cuiabá-MT, 18/07/2024