

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

(LEI Nº 14.133/21, ARTS. 72/4)

Ivan Barbosa Rigolin

(set/24)

Segunda parte

I – Prosseguindo, o inc. III do art. 74 entende inexigível licitação para a contratação de alguns serviços técnicos especializados a) de natureza predominantemente intelectual, e b) com profissionais ou empresas de notória especialização. A seguir, nas al. a a h elenca esses serviços numa lista taxativa, fechada, *numerus clausus*.

Natureza predominantemente intelectual parece ser o que falta ao legislador. Se não for trabalho que um animal realize por reflexo condicionado, então esse serviço, que depende da intelectualidade humana, é sempre intelectual. A lei – repetindo lei anterior – seguramente quis dizer cultural, humanístico, algo assim.

Quem tem intelecto é apenas o homem, e todo serviço humano – daqueles que só o homem realiza - é intelectual. Só esse descritivo não diz nada, e é preciso com ele lidar com máximo cuidado, porque um autor de ações civis públicas pode pretender que um serviço de elaborar sistemas contábeis ou tributários *não é*

intellectual, apenas porque diversas empresas o realizam, ainda que cada qual de um modo.

O segundo descritivo é o das empresas ou dos profissionais de *notória especialização*. É mais objetivo e razoável, e o § 3º do artigo, repetido da lei anterior, dá parâmetros racionais e lógicos para a caracterização.

Reside ainda subjetividade na configuração, porém é pequena e sindicável. Não é difícil a alguém, ou a alguma empresa, demonstrar sua especialização no ramo do mercado a que se dedica. Bastar-lhe-á juntar seu currículo de realizações, atestadas ou não por documentos específicos – porque a verdade, apurável e demonstrável por qualquer meio formal, prevalece sobre montes de papéis.

Uma extraordinária façanha desta nova lei foi –a de se omitir ou silenciar quanto à verdadeiramente trágica previsão anterior de ‘natureza singular’ do objeto. Esse conceito é tão objetivo quanto julgar a beleza de um homem, ou de uma roupa. Para a mãe do indivíduo não existe alguém mais perfeito, mas para um desagfeto inexistente alguém mais mal ajambrado. E quanto à roupa nem se fale.

Assim era – felizmente era – o conceito de natureza singular de um objeto. Esta lei enfim reconheceu que a singularidade não está no objeto, *mas no prestador*.

Quantas e quantas ações administrativas e judiciais, sem falar de rejeições de contratos pelos Tribunais de Contas, se acumularam nas últimas décadas contra (I) malandros rematados mas também contra (II) incautos de absoluta boa-fé, que somente queriam trabalhar e receber sua remuneração.

Não havia consenso quanto à singularidade do objeto: singular pode ser tudo, qualquer coisa imaginável, de *a* a *z* no universo dos objetos contratáveis.

Era frequentíssimo se acusarem serviços técnicos profissionais especializados de *corriqueiros*, para se os condenar à licitabilidade compulsória. Como se o serviço de alguém universitário, aprovado em vestibular ocasionalmente terrível, que depois se submeteu ao duro exame da Ordem – no qual empacam centenas de milhares de candidatos – pudesse ser corriqueiro ...

Hoje ao menos esse pesadelo está superado na nova lei. De três requisitos da contratação direta de serviços, que existiam, restaram apenas dois, havendo desaparecido a menção a natureza singular do objeto. A ideia talvez tivesse sido honestamente concebida, porém foi malversada e desbaratada como o avião de Santos Dumont, que pouco após inventado se prestou a lançar bombas atômicas contra cidades de civis.

Quanto à proibição, ao final do inciso, de alegação de inexigibilidade para serviços de publicidade, já escrevemos artigo sobre mais essa *asnice* de morder a nuca.

Trata-se do artigo *Publicidade é serviço que nem sempre pode ser licitado* (¹), redigido ainda sob o imperio da Lei nº 8.666/93 mas plenamente aplicável hoje na nova lei que repetiu a anterior, do qual reportamos a conclusão:

¹ Publicado em *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, março/06, p. 6.877; *Boletim de Administração Pública Municipal*, ed. Fiorilli, abr./06, assunto 70; *Gazeta Juris – Doutrina*, 1ª quinzena/maio/06, p. 169; *Revista L&C*, ed. Consulex, abr./06, p. 20; *Revista de Licitações e Contratos*, ed. Zênite, jul./06, p. 575; *Jurídica de Administração Municipal*, jul./06, 29; *BLC*, nov./06, p. 1.015.

E por fim, a melancólica consideração quanto à pretensa proibição de contratação direta de toda e qualquer sorte de publicidade, constante da lei de licitação, art. 1º e art. 25, é a de que se a deve ter como *inaplicável em certas hipóteses e em certos casos*, porque nesses casos se revela materialmente absurda e, com isso, destituída de qualquer sentido jurídico.

O que não faz sentido no mundo material não pode ter lugar nem guarida no mundo jurídico, e se ali existe então apenas representa mais uma das tantas aberrações que lamentavelmente povoam o direito.

A lei *não pode conduzir ao absurdo* – ainda que se trate de algo como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993.

II - São os seguintes os serviços, ditos ilícitáveis por inexigibilidade, do inc. III deste art. 74:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou executivos. Com efeito, tal seria licitar por menor preço – e a regra é essa, por mais que a lei se esforce em conceber outros critérios de julgamento, os quais por subjetivos nunca deram, não dão e jamais darão certo – um estudo técnico, ou um projeto, ou um planejamento seja do que for.

Esses são trabalhos pessoais ou personalíssimos, e a única competição que ensejariam seria a do autor

contra o próprio autor, porque a vida corre e não cessamos de aprender ... porém jamais competição entre pessoas diferentes, já que não se comparam coisas diferentes nem se licitam realidades desiguais;

b) pareceres, perícias e avaliações.

Semelhantemente ao item anterior, nenhum destes três serviços pode ser comparado com nenhum outro, porque cada pessoa emite um parecer pessoal ou personalíssimo, inconfundível e incomparável com o apreço de qualquer outro autor, e o mesmo se diga de uma perícia, e exatamente o mesmo quanto a avaliações.

Não existe fábrica de pareceres, nem linha de montagem de perícias, nem bancada de avaliações. Cada qual desses é um trabalho único, como cada tela de pintor é uma, rigorosamente singular e incomparável. Não tem sentido cogitar licitar qualquer deles;

c) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços. Tudo o que disse retro vale para estes serviços sem tirar uma vírgula. Cada criatura ou cada empresa fiscaliza de um modo seu e só seu, como também supervisiona obra ou serviço de forma pessoal e característica, sem elemento comum a nenhuma outra supervisão. Não seria lógico nem razoável instaurar licitação para comparar supervisões;

d) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias. Torna-se enfadonho repetir a explicação dos serviços pessoais e singulares até aqui elencados na lei. Não existem assessorias nem sequer semelhantes, nem consultorias de nenhuma natureza, o que *ipso facto* impede a sua licitabilidade;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Estes trabalhos, absolutamente pessoais por cada autor, incrivelmente ensejaram ações civis públicas contra contratantes públicos e contratados particulares prestadores, sob alegações esfarrapadas e mambembes de que sempre existiam serviços corriqueiros dentre aqueles prestados, o que vulgarizava o trabalho e o tornava suscetível de licitação.

Apenas pessoas de mau caráter ou de rematada má-fé articulam infâmias como estas, felizmente golpeadas de morte pela Lei nº 14.230/21, que modificou a lei da improbidade administrativa e aboliu a fantasmagórica e abantesmática figura da ‘improbidade culposa’, uma patologia jurídica que permaneceu por trinta anos assombrando nosso direito.

Cada advogado patrocina ações a seu modo particular e exclusivo, como conduz causas administrativas com o mesmo talhe pessoal e inconfundível com qualquer outro acaso existente. Somente numa terra selvagem, desprovida de valores e de cultura humanística que se assenta ao longo dos séculos, pode dar guarida a primarismos toscos e recalcados como tais.

A advocacia judicial e a defesa em causas administrativas jamais puderam, podem ou poderão ser licitadas, tanto quanto será inconcebivelmente ridículo imaginar licitar namorados, noivas, médicos de família, padrinhos de casamento ou crianças para adotar. Somente selvagens chegam a cogitar semelhantes despautérios que renegam a condição humana;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, e

g) restauração de obras de arte e bens históricos. Não há dúvida de que a lei se esmerou em elencar exemplos perfeitos de objetos ilícitáveis por incomparáveis uns com outros.

Tanto no serviço de treinamento de pessoal (al. f) quanto na restauração de obras de arte e objetos de valor histórico (al. g) não existem regras objetivas que os orientem, nem parâmetros rígidos a seguir, e cada profissional, ou cada empresa, detém seus métodos e suas técnicas particulares, incomparáveis com quaisquer outras, o que torna também esses serviços insuscetíveis de serem licitados;

h) ‘controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.’ Longo e casuístico inciso, novidade da Lei nº 14.133/21, abre ensanchas à aquisição direta de um imenso número de objetos que, antes da nova lei, precisavam ser estudados um a um para o ente poder concluir se era ou não caso de os licitar.

Espera-se que o autor do texto saiba o que significa *instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso*.

Alguém acaso pensa em contratar um monitoramento de parâmetros de obras ? Antes de fazê-lo será preciso, insistimos, que saiba o que é isso. E os *demais serviços de*

engenharia, quais são até onde vão, e até onde se estende esse conceito ?

Não se vê com bons olhos este enigmático inciso, aparentemente concebido para não ser compreendido, ou, pensando o pior, para permitir o enquadramento de alhos e de bugalhos na sua dicção, ao toque da marreta. Parece mais uma demonstração de que o poder público *odeia licitações* como se fora o próprio tihoso fumegante cavalgando com sua furca ceifadora ...

Pode-se estar equivocado – e o tempo o dirá -, mas a impressão é muito ruim.

III – O inc. IV deste art. 74 não diz mais que o óbvio, que o credenciamento torna inexigível a licitação. Óbvio, porque se houve credenciamento terá sido porque o ente público não conseguiu obter em licitações os profissionais, dentro de empresas ou autônomos, de que necessitava para prestar serviços, e tampouco os conseguiu em concursos públicos para admissão de servidores, daí ter se valido desse instrumento auxiliar.

A lei prevê o credenciamento no art. 78, I, e 79, nos quais fica evidente que esse procedimento se dirige a pessoas naturais (chamadas *físicas* pelo imposto de renda) prestadoras de serviços técnicos especializados, como por excelência ocorre na área de saúde. São serviços de que se fala portanto, e não genericamente ‘objetos’ como reza o inciso. Esses objetos são sempre serviços, e os credenciados são profissionais prestadores.

Mas se existe credenciamento foi porque a licitação fracassou, bem como eventual tentativa de prover cargos ou empregos por concurso público.

IV – O inc.V do art. 74, copiado da lei anterior, declara inexigível a licitação para a compra ou para a locação de imóvel cujas instalações e/ou a localização conduzam à sua escolha pelo ente público.

Natural que assim seja, porque se somente um imóvel atende os requisitos daquele serviço específico não poderia existir licitação do objeto único.

Mas é claramente diferente a hipótese de se tratar de um edifício novo, com vários andares idênticos e desocupados, e proprietários diferentes, e o ente público precisando de apenas um, e qualquer deles serve. Nesse caso a licitação parece necessária, por menor preço, porque a competição é absolutamente viável.

E de novidade, complementando e parametrando esta previsão do inc. V, o art. 74 a lei contém o § 5º, que desde logo se comenta.

Povoado de obviedades que todos conhecem, o dispositivo manda (I) avaliar o imóvel pretendido, o custo das adaptações julgadas imprescindíveis e o prazo de amortização dos investimentos – he isso existir, porque o ideal é que o ente disponha da verba suficiente para pagar o imóvel à vista. Compreende-se o cuidado da lei, porém seja qual for o custo do imóvel e das

adaptações, se é o único que serve, então o custo tem relevância menor e secundária, como é evidente.

Manda ainda que o ente (II) obtenha a certificação de que o imóvel é o único disponível que atenda a necessidade. Isso já era feito pela lei antiga.

E o inc. III inventa a roda ou descobre o fogo, porque menciona o que já deve estar evidenciado no atendimento ao inc. II, ou seja a vantagem da aquisição daquele determinado imóvel.

Em duas palavras: quase tudo isso era já amplamente conhecido e praticado pela Administração, mudando apenas as palavras do novo dispositivo, e o direito permanece rigorosamente o mesmo.

V – O § 1º do art. 74 elenca os conhecidos meios de demonstração da exclusividade do produtor, da empresa ou do representante comercial, para os fins de aquisição com inexigibilidade de licitação.

Entendemos péssima a relação, porque em geral cada um dos documentos não consegue provar coisa nenhuma em matéria de exclusividade, o órgão emitente provando apenas que é o único que consta dos seus registros.

Ou então, de outro modo, é de uma redundância atroz, como a de certificar que uma marca é de um produtor exclusivo, se apenas por isso é que a marca existe.

Como, porém, não é a visão deste pobre escriba que prevalece quando forem fiscalizados os contratos com base no inc. I deste artigo - mas a vontade da lei - então temos que

qualquer dos documentos elencados serve para demonstrar a exclusividade exigida para a configuração da inexigibilidade.

O que não desce pela garganta, como nunca desceu na lei anterior de onde este dispositivo provém, é a vedação de preferência de alguma marca.

Ora, se o produtor é exclusivo ele o é com relação ao produto de determinada marca. Se existe a proposta de algum fornecedor exclusivo, o produto que oferece tem uma marca, e é dessa marca que o produtor detém a exclusividade.

A lei parece tentar impedir que o produtor tenha o produto da sua própria marca ... e com isso o final do § 1º simplesmente não faz nenhum sentido – há mais de trinta anos no direito brasileiro.

VI – O § 2º, em desespero por tornar cumprível a ordem sabidamente *incumprível* de empresário exclusivo, no primeiro momento diz o óbvio: empresário exclusivo é o que detém (sendo pessoa natural ou jurídica) documento que ateste a exclusividade de representação daquele artista. o conselheiro Acácio não diria melhor.

No segundo momento a nova lei tenta coibir a prática dos últimos tempos na Administração para a contratação de artistas, qual seja a de que o empresário seja exclusivo *para aquela determinada apresentação*. Essa foi a maneira que o poder público, antes da nova lei, encontrou para obter um empresário exclusivo e com isso contratar o artista sem licitação – a qual seria a mixórdia maia estapafúrdia de quantas existissem, só concebível num país

ainda na era das cavernas, com licitações realizadas dentro das cavernas ...

Vacinada a lei contra aquela fórmula, entretanto não dará certo: empresário exclusivo *não existe* – e todos tenham certeza de que os shows artísticos continuarão sendo contratados pelo poder público.

Esse direito tupiniquim que envergonha quem tenha cultura mínima talvez obrigue aos maiores e mais endinheirados artistas a constituírem empresários exclusivos – *comprando a exclusividade*. É só verificar o movimento do artista ...

VII – O § 3º repete a regra da lei anterior, apenas modificando – para melhor – a parte final do dispositivo. A lei não mais exige que a comprovação da qualificação do profissional ou da empresa de notória especialização ‘permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’, texto de um poeta, idealista ou nefelibata de outro gênero, mas não de um legislador.

Desde quando alguém no universo pode ter certeza de que um prestador é *essencial e indiscutivelmente o mais adequado a atender o interesse da Administração pública* n’algum contrato ?

Melhorou a nova lei nesse momento, exigindo apenas que se ‘permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ – agora, sim. Isso é factível, e viável para se demonstrar. O senso

médio de razoabilidade orientará o contratante quando dessa contratação, em razões escritas tão só com simplicidade e bom-senso.

Quanto aos meios de demonstração da especialização elencados ao início deste § 3º, um pouco de cada ou de alguns, ou muito de um só, ou muito de dois deles, são o que basta ao atendimento da lei. A lei jamais dosa ou quantifica o quê nem quanto daqueles meios exige para a demonstração, e não o poderia fazer sob pena de ridículo.

É o acervo da empresa, ou o currículo do prestador, com feitos demonstrados se necessário, tudo o que a lei requer para configurar a notória especialização no ramo do objeto.

VIII – O § 4º introduz novidade: nos contratos diretos com inexigibilidade os contratados não podem (I) subcontratar nem (II) admitir profissionais que não tenham servido para demonstrar a especialização e com isso legitimar a inexigibilidade.

Perfeito e quase óbvio, mas não chega a acaciano o dispositivo porque muita vez em direito mesmo o óbvio precisa ser declarado expressa e claramente.

Se o contrato foi obtido em face dos específicos profissionais da empresa que se contrata, então é exigível que esses mesmos profissionais executem o contrato, e não um até então desconhecido que ocasionalmente tenha passado a integrar o quadro da empresa contratada.

O contratante pode e deve recusar trabalho técnico assinado por profissionais diversos dos que justificaram a inexigibilidade da licitação. Em caso de impedimento permanente

daqueles deve o contratado submeter à aprovação do contratante os novos profissionais que pretende admitir para executar o contrato.