

AINDA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Ivan Barbosa Rigolin

(out/26)

I - Este é um assunto, *inexigibilidade de licitação*, que por mais que seja comentado, explicado, dissecado e explorado de todas as formas ainda suscita interesse muito vivo aos aplicadores da lei de licitações e contratos administrativos em nosso país. E não falamos de corrupção ou de abutres do erário, porque esse não é nosso departamento.

Com efeito, são tantas as facetas e as vertentes sob as quais na prática diária da Administração pública a questão se apresenta, e tantas as ocorrências e as pretensões negociais públicas que franca e simplesmente só se resolvem com a demonstração da inexigibilidade de licitação, que vale a pena uma vez mais insistir no tema, que, como certos atores e certos cantores, é velho e está sempre novo.

Mas, acacianamente, comecemos pelo começo.

II - Reza a Lei nº 14.133/21:

Art. 74 *É inexigível a licitação quando inviável a competição*, em especial nos casos de: (destaque nosso).

Esta é a pedra-mestra, a coluna central, o fundamento e a base única da regra da inexigibilidade de licitação: se licitação é competição, e se a competição é inviável, então perde o sentido imaginar alguma licitação.

Sendo a regra constitucional a de *licitar* obras, serviços e compras (CF, art. 37, inc. XXI, e art. 22, inc. XXVII), exclui-se a licitação apenas nas hipóteses da lei, em casos de (I) licitações *dispensadas* diretamente pela lei (Lei nº 14.133/21, art. 76, incs. I e II); (II) licitações *dispensáveis* pela autoridade nas hipóteses da lei (Lei nº 14.133/21, art. 75), e (III) licitações *inexigíveis* (Lei nº 14.133/21, art. 74).

Nas licitações dispensadas pela lei nunca se noticiou que alguma autoridade pretendesse licitar; ao menos as internações nos antigos hospícios não as registram, porque uma ideia assim não passa pela cabeça de alguém mentalmente normal. Hoje não mais existem os hospícios, e as licitações dispensadas pela lei porém realizadas nunca existiram.

Na segunda exclusão acima, dispensabilidade, a licitação *pode* ser realizada tanto material quanto juridicamente ⁽¹⁾,

¹ Essa ideia lembra de perto a diferença entre os verbos auxiliares ingleses *can* e *may*. Ambos significam poder, porém *can* expressa a capacidade material de fazer, de conseguir fazer, enquanto *may* significa a autorização para fazer. Na licitação dispensável a autoridade pode (*may*) licitar, enquanto que na inexigível a autoridade não pode (*cannot*, ou *can't*) licitar. Uma coisa é poder fisicamente realizar alguma coisa, e outra coisa é jurídica ou institucionalmente poder fazê-lo. Eu posso levantar cinquenta quilos porque fisicamente aguento o peso (*I can*), mas pode acontecer de eu não estar autorizado a empunhar o haltere (*I may not*). Licitação é cultura !

porque faz sentido material e formal que seja realizada, porém a lei permite que não o seja, no caso de a autoridade conseguir enquadrar o negócio pretendido nalguma das hipóteses dispensatórias do art. 75 da lei de licitações.

III - O *caput* do art. 74 é de um sintetismo exemplar, e de uma clareza e objetividade únicas: se não existe possibilidade de competição, a licitação é simplesmente inexigível. Ninguém pode exigir competição se ela é inviável ou impossível, até porque *ad impossibilia nemo tenetur* (ninguém é obrigado ao impossível).

A estatuição do *caput* parece simplíssima e isenta de qualquer dificuldade prática, mas o mundo do direito - que é totalmente artificial e apenas existe para que um homem não devore o outro - é bem diferente daquela simplicidade angelical.

Existem negócios que a Administração pública pode querer realizar, os quais não comportam licitação pela mais pura questão de lógica: se o objeto pretendido é único, então licitar o quê ?

Se o governo do Brasil quisesse comprar a Mona Lisa, de Leonardo da Vinci e hoje pertencente ao museu do Louvre, alguém pensaria em licitá-la ? Prosseguindo na insana hipótese, se nessa licitação aparecesse mais de uma proposta, então alguém precisaria ser imediatamente trancafiado numa solitária ...

A figuração acima é jocosa, porém a ideia central não o é. Se o governo quiser adquirir um quadro, uma estátua ou um livro, todos históricos e únicos, de seu proprietário particular,

alguém pensará em licitar qualquer desses objetos únicos ? Faz algum sentido a ideia ?

Trata-se portanto de aplicar a própria e mais primitiva *lógica* à hipótese: se só existe um objeto que atenda a pretensão de alguma Administração, então ou ela negocia com o proprietário e o adquire diretamente, ou pura e simplesmente restará desatendida, *chupando os dedos* como se afirma. Mas falar em licitação, em disputa, em competição entre várias pessoas, nada disso faz o menor sentido.

E fica bastante compreensível a fala do *caput* do art. 74, porque nem que se quisesse se conseguiria licitar um objeto assim, que só exista ele próprio na face do planeta. A impossibilidade de licitar é física, material, objetiva, lógica, incontornável.

IV - Ocorre que a pretensão pública de adquirir objetos únicos é rara, difícil de ocorrer. E quando ocorre apenas se exige - mesmo assim quando é o caso - uma justificativa do interesse público na aquisição, a qual também costuma ser simples de produzir.

O que acontece na quase totalidade das vezes é a pretensão pública que pode ser atendida por um universo de fornecedores, maior ou menor a cada caso, variando de dois ou três até milhares, conforme seja o objeto mais ou menos raro ou especioso.

Observa-se então quão subjetivo e incerto pode ser o conceito, a delimitação ou a própria tese de *inviabilidade de competição*.

Se a inviabilidade física ou material é de simplicidade absoluta (ex. objeto único), entretanto na quase totalidade dos negócios e objetos contratuais, pretendidos pelo poder público, o objeto *não é único* e diversos fornecedores existem no mercado, e todos eles, mais ou menos adequadamente, os podem fornecer.

O que parecia tão simples quando *materialmente* considerado, agora, sob o prisma jurídico-institucional, com toda frequência se converte num monumental *abacaxi*, um *angu-de-carço* tão indigesto quão perigoso para todos os envolvidos.

Quando a inviabilidade material de competição dá lugar á inviabilidade jurídica todo cuidado é pouco, e amiúde aquela bonança dá lugar a tempestades de raios e trovões.

V - A lista de exemplos de objetos de licitação inexigível, constante do art. 74, é uma teia de incertezas, de subjetividades e de inseguranças que se convertem em armadilhas, que ao operador minimamente experiente não oferecem a mínima segurança jurídica nem operacional.

Com todo efeito, no inc. I, pergunta-se: que material, equipamento ou gênero existe no mundo que só pode ser fornecido por vendedor exclusivo, sobretudo depois de que a República Popular da China ingressou m no mercado ocidental ?

Se atentamente se procurar um relógio Rolex chinês encontrar-se-o-á *melhor que o original*. A preço de um centésimo daquele.

E assim como nesse exemplo quase tudo que s já foi produzido no ocidente - de marca registrada no ocidente - vem atualmente da China, onde o custo da produção é uma fração daquele do ocidente, e mesmo assim vem tornando a China o país mais rico do planeta.

Então, falar em exclusividade para produtos tornou-se uma ridícula piada. Alguém confia ? O Tribunal de Contas aceitará a justificativa e a demonstração ?

No inc. II o art. 74 menciona profissional do setor artístico, diretamente ou por empresário exclusivo, desde que consagrado pela opinião pública e pela crítica especializada.

Pergunta-se: que é tudo isso, esse monte de bobagens e de irrealismos ? Que artista tem empresário exclusivo ? Que é ser consagrado, na maioria dos casos e exceto consagrações inquestionáveis de poucos artistas ? A partir de que momento alguém passa a ser considerado consagrado ?

E a crítica especializada, onde vive ou se esconde ela, quando a própria produção artística atual é um desfile de indigência cultural e de mendicância estética, insuportável de ouvir e de engolir ?

O inc. III menciona diversos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Que é serviço técnico especializado ? Serviço de eletricista de alta tensão é ? Pintura com tintas, emulsões e materiais especiais é ?

Existe algum serviço que o homem preste que *não* seja intelectual ? Um animal varre ruas ou calçadas ? Pinta paredes ? Recolhe lixo ? Desconta cheque ? Faz café ? Se a única

diferença entre os animais racionais e os irracionais é exatamente essa - uns têm racionalidade, outros não -, então que a raio de distinção ou delimitação está pretendendo a lei ? Onde começa a predominância intelectual de algum trabalho ?

Notória especialização: quanta querela, quanta discussão, quanta trombada de conceitos e de ideias se trava em torno desse conceito 100% (cem por cento) subjetivo, que não diz nada como coisa nenhuma ?

Quantas impugnações por Tribunais de Contas sobre o assunto ! Quantas milhares de ações civis públicas, em geral com a nota de improbidade, são e principalmente foram movidas contra autoridades e contratados da mais absoluta boa-fé em face da indeterminação desse conceito ?

Quantas vezes os serviços de advogado e de engenheiro foram, nessas ações, chamados de *corriqueiros* ? Então o profissional estuda cinco anos na universidade, por vezes mais que isso, depois se submete um exame de Ordem que reprova a maioria dos candidatos, para a seguir alguém dizer que ele realiza trabalhos corriqueiros, triviais e de rotina ?

Serviços que pela lei só podem ser realizados por profissionais formados e inscritos no seu órgão de fiscalização profissional, esse serviços são ou podem ser corriqueiros ?

E segue o art. 74 no seu mar de subjetividades perigosíssimas ao contratante público e ao contratado privado, mesmo depois de que a atual lei de licitações tenha excluído a nunca suficientemente amaldiçoada exigência da *natureza singular* do

trabalho, responsável por tantas e tantas condenações judiciais monstruosas, e que tem um significado para cada intérprete.

Subjetividade que cerca a caracterização de *licitação inexigível*, verdadeira maldição do direito, que historicamente sempre explodiu sobre quem nunca mereceu a a carga !

VI - Para não ficarmos na teoria - que tão pesada se tem revelado na prática - pincemos dois exemplos de serviços que para este acanhado escriba devem ser contratados diretamente, porque a licitação é inexigível por juridicamente inviável, e muita vez patética mesmo: a) *projetos*; b) *consultorias*.

Quanto a projetos, simplesmente não devem ser licitados nem por menor preço nem por técnica e preços. Seja o projeto que for e do quê for, trata-se de um trabalho artesanal e de concepção absolutamente pessoal de cada autor, que não tem parâmetros fixos fora mínimos legais, e que varia de a a z na concepção de cada profissional.

Seja um projeto básico, seja um executivo. seja um projeto de lei, seja um projeto de empreendimento de lazer, seja urbanístico, seja de trânsito urbano, seja de festival de rock rural, seja de culinária das montanhas, seja de prospecção de vulcões submarinos, seja do que a imaginação humana conseguir inventar, um projeto é e será sempre uma ideia materializada, uma invenção abstrata que depois passa ao papel (ou ao computador), e não diferente disso.

Não existe meio de padronizar ou criar linha de produção para novos projetos do que quer que seja, se eles são

frutos da pura criatividade humana, da engenhosidade latente em cada profissional da criação e das invenções de que o mundo necessita.

Existem regras procedimentais e regulamentares para o exercício daquela criação, reconhece-se, mas todas elas em conjunto não têm o condão de reduzir a magistral inventividade que dá origem aos grandes eventos e aos grandes empreendimentos do homem, no meio em que estiver, até o ponto de os transformar em operações de rotina ou trabalhos *corriqueiros*.

Quem não reconhece a natureza personalíssima dos projetos é de uma grosseria tamanha que envergonha sua categoria.

E os entes de fiscalização precisam, sempre, reconhecer a natureza dos projetos, e o intrínseco *personalismo* de cada qual.

Como, então, licitar projetos ?

Por menor preço com frequência se obtêm os piores dentre os piores, porque porcaria costuma ser barata, e quem quer algo barato provavelmente obterá uma porcaria, cuja reparação sairá mais dispendiosa do que se o projeto adquirido tivesse sido de boa qualidade. O barato sai caro.

De outro modo, licitar projetos por técnica e preço, do modo como as sucessivas leis de licitação concebem esse critério - com um subjetivismo atrás do outro e um fator pior e mais arbitrário, e tecnicamente injustificável, do que outro -, é melhor nem colocar o assunto à mesa ...

VII - Consultorias e assessorias.

Se é um fato a ilicitabilidade de projetos, a licitação para contratação de assessorias ou de consultorias técnicas chega a ser uma ideia bisonha, mais ou menos como licitar o namorado da filha, o médico de família ou o padrinho de casamento. Não há como levar a sério a hipótese.

Sobretudo nesta Lei nº 14.133/21 que teve o grande mérito de expurgar a 'regra', ou antes a fantasmagoria da *natureza singular* do serviço, as assessorias e as consultorias técnicas - que em muitos casos significam uma única coisa - saltam aos olhos de qualquer pessoa de bom-senso como objetos ilicitáveis.

Não há como licitar conselheiro nem amigo, como não faz sentido licitar assessor de íntima confiança ou consultor pessoal. Essas funções, que só faz sentido contratar se prestadas por empresa conhecida e sabidamente eficaz no respectivo ramo, ou por pessoa natural (física, na linguagem do imposto de renda) cuja proficiência na área seja também patente, precisam ser contratadas diretamente, excluída competição do que, pela própria natureza, não pode competir.

Não se licitam coisas desiguais, nem se comparam coisas diferentes. Cada assessoria é única no seu desempenho, como cada consultoria é singular porque cada consultor é irrepetível entre os seus clientes, na medida em que inexistem dois homens iguais.

A preferência do cliente público deve recair sobre a pessoa do consultor, ou do assessor, que atenda exatamente a necessidade peculiar daquele cliente, sem excessos que não se aproveitam nem carências tais que não justifiquem a contratação.

O assessor e o consultor, pessoa física ou jurídica, deve vestir a demanda do cliente público como uma luva, com o figurino exato e na medida adequada.

Com frequência se observam contratações *licitadas* de consultorias cujo resultado atende apenas parcialmente a demanda e a carência tópica do cliente, sobrando qualificação acadêmica ou aparelhamento institucional e faltando experiência específica dos problemas que afligem o cliente no seu dia-a-dia.

O contratado era um estranho e venceu a licitação, porém de que valeu sua admirável titulação e seu muito estudo, desacompanhados da vivência efetiva dos problemas que se dispôs a equacionar ?

Lembra-nos uma Prefeitura Municipal que num longínquo passado nos contratou para *interpretar e tentar implantar* uma reforma administrativa de mais de 500 páginas, paga a peso de ouro a uma importante escola de nível superior, que os servidores não conseguiam sequer abordar inicialmente, nem dar a largada da implantação ...

É patético, e não se atina com a razão para alguma pessoa pública ou privada contratar um produto assim - mas o que se quer levantar é a questão de que o renome do contratado nem sempre resulta numa contratação proveitosa e na obtenção de um trabalho racional, objetivo e desejável.

Algo mais existe, além da fama. No universo imenso de fornecedores de serviços é preciso que o poder público, que necessite consultoria e assessoramento nos múltiplos misteres da mais variada natureza que enfrenta diariamente - e que precisa matar não

um mas diversos leões por dia ... -, conheça as reentrâncias daquele universo, e o prestador que atenda.

Esse prestador não é necessariamente, como visto, o de maior renomada nem o mais reluzente no firmamento, mas o que possa se revelar mais proveitoso ao ente que o contrata - porque desce até o plano do cliente, e não o sobrepaira como uma divindade inacessível.

Na medida em que cada roca tem seu fuso e cada broca tem seu uso, não faz sentido técnico, institucional ou jurídico abrir uma competição licitatória entre fornecedores desconhecidos e estranhos à realidade do ente público que necessita assessoramento, alguns dos quais provavelmente aventureiros ou paraquedistas do mercado sempre à caça de novas emoções.

E quem já licitou objetos como assessoramento e consultoria - por menor preço ou pelo critério que tenha sido - tem grande possibilidade de saber com precisão do que estamos falando.