

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

(LEI Nº 14.133/21, ARTS. 72/4)

Ivan Barbosa Rigolin

(set/24)

Primeira parte

I – Este é mais um artigo sobre o tema da *inexigibilidade de licitação*, desta vez correndo por varredura cada componente dos arts. 72 até 74 da Lei nº 14.133/21.

Desprezando os desatualizados estudos iniciais, destacamos o artigo *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. *Todas as hipóteses são normas gerais também da nova lei de licitações*, de março de 2.021, que este presente artigo complementa, e para o qual remetemos o gentil leitor ⁽¹⁾. De outra parte, toda a matéria consta de nosso livro *Lei nº 14.133/2021 comentada. Uma visão crítica* ⁽²⁾.

Eis a fonte de direito para este momento, da Lei nº 14.133/21 (do Capítulo VIII, *Da contratação direta*, do Título II, *das Licitações*):

¹ Publicado em *Boletim de Administração Pública Municipal*, Fiorilli, abr./21, assunto 432; *Revista Governet Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal*, jan./22 nº 124, p. 26; *Revista Síntese de Direito Administrativo*, fev./22, nº 194, p. 9; *Revista Solução em Licitações e Contratos*, Ed. SGP Soluções em Gestão Pública, ano 4, nº 44 – nov./21, p. 55.

² Ed. Forum, Belo Horizonte, 2.022.

Seção I Do Processo de Contratação Direta

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

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.

Seção II Da Inexigibilidade de Licitação

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

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;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela. (*Negritos originais*)

II – O art. 72 cuida genericamente do assunto da contratação por dispensa ou por inexigibilidade, estabelecendo requisitos para os dois casos. Fica-se sem saber, já a esta altura, se a contratação direta afinal dá mais ou menos trabalho que realizar toda a licitação. Se é de fato para observar este roteiro que segue, então este desprezível escriba optaria por licitar em cerca de 100% das oportunidades.

A burocracia é tão imensa, visando por certo resguardar a pretendida contratação de irregularidades de toda ordem, que a autoridade haverá de pensar duas vezes antes de iniciar a longa senda do contrato direto. Sobretudo em sabendo que será a mesma autoridade a competente para, ao final da *via crucis*, autorizar a contratação, e com isso por ela ser a primeira responsável para todos os efeitos.

Assim o é, quando se sabe que numa licitação aquela mesma autoridade, até este ponto, *lava as mãos* ante a vinculação da sua vontade ao comando da lei. A licitação é produto de uma *linha de montagem* sem discricionariedade nenhuma, a

perigosa discricionariedade que está presente a todo tempo na contratação direta.

A lei neste ponto *obriga* a autoridade a dedicar muito mais atenção a todo o procedimento de dispensa e de inexigibilidade do que fazia a lei anterior, hoje revogada.

E mais uma vez a lei deixa a impressão de que o atendimento da burocracia acaba sendo mais relevante que os próprios resultados da contratação – tal qual o governante que, circunstancialmente com pouca popularidade, dedica mais tempo a melhorar a *imagem* de seu governo do que a melhorar o próprio governo.

III – Preocupou-se a lei, bem mais que a anterior, com obrigar a bem instruir todo o procedimento de contratação direta. Vez que outra este roteiro revelar-se-á exagerado para muitos casos concretos, mas a intenção é boa, e o resultado infelizmente é muito fraco e ruim como se passa a examinar.

Dentro do possível – e francamente estamos ante um roteiro fantasioso e irreal – o processo de contratação direta deverá conter:

I - o pedido formal do agente que precisa do objeto. Nada mais é necessário até aqui, porém se o agente ou se o próprio ente entender necessário, judicioso ou conveniente pode juntar estudo técnico sobre o objeto, com as indicações adequadas ao seu tratamento posterior e anteriormente à contratação, como também análise de riscos (que pode estar contida no estudo técnico).

O que segue, ainda neste inc. I, é despropositado e operacionalmente ridículo, e indica que o legislador *não sabe separar processo de licitação de processo de compra direta*. Não distingue uma coisa de outra. A lei brasileira *involui* a olhos vistos.

Fala em termo de referência, projeto básico e projeto executivo, porém se isso já existe não se vislumbra por que não licitar. Termo de referência é um documento que orienta licitantes e não fornecedores diretos, e os projetos complementam o necessário para licitar, não para comprar diretamente. Ai de quem acreditar na letra da lei, e tomar o facultativo por obrigatório...;

II - estimativa da despesa, se já não estiver contida em estudo preliminar ou algum projeto existente, e até porque projeto que não indique o custo da execução é meio-projeto, mambembe ou manquitola;

II – pareceres técnicos e/ou jurídicos. Então seria preciso um parecer para informar que o termo de referência está correto, e que o estudo preliminar está adequado, e que o projeto está conforme a regra aplicável ? Se inexistir o parecer então o termo de referência não serve, o projeto está incompleto e o estudo técnico preliminar perde a função ? O importante é o parecer, e não todo o trabalho técnico já realizado, com exageradíssima abundância ? Soma-se um ridículo a outro neste artigo;

IV – demonstração da compatibilidade do orçamento com o pretendido compromisso. Isso já deveria constar da estimativa de despesa, mas se não constar é preciso que o ente demonstre que tem rubrica orçamentária para classificar a futura

despesa, e que ao menos espera ter verba suficiente quando for a ocasião de pagar o contrato.

Essas regras são antigas, da lei de contabilidade pública e da lei de responsabilidade fiscal, e com esta previsão ou sem ela nenhuma diferença existiria para o ente comprador;

V – comprovação de que o contratando atende a habilitação necessária. A única verdadeiramente necessária é estar em dia com a previdência social, nada mais que isso porque na contratação direta não existe fase de habilitação – somente o autor desta péssima lei, que desconhece a diferença entre licitar e não licitar, parece ignorá-lo;

VI – razão da escolha do *contratando*, e não do contratado, porque nesta fase ainda não existe contratado. Não é apenas direito que o legislador ignora, mas também a língua-mãe, última flor do Lácio, inculta e bela. Imagina-se que o contratando tenha sido aprovado na maratona documental anterior, antes de ser declarado o escolhido.

As mais variadas razões técnicas e pessoais conduzem à escolha de alguém, e devem ser declinadas no procedimento da contratação direta;

VII – justificativa do preço – algo que deveria estar já contido nas razões de escolha do indicado para a contratação, eis que é um dos mais importantes fatores de escolha – como comida em restaurante. Pesquisas de mercado darão o subsídio a esta informação, e

VIII – autorização para a contratação. Sem ela todo o esforço até aqui de nada servirá. Mas a redação é ambígua, porque em geral quem autoriza contratar é quem assina o contrato, de modo que a confiar no texto legal a autoridade autoriza a si mesma a contratar ...

O parágrafo único, tão necessário quanto a pedra na sopa, manda que o extrato do contrato seja publicado – ora, que fantástico, quando a lei instituiu o PNCP – portal nacional das contratações públicas, apenas para esse fim !

IV – Vencido o embaraçoso artigo anterior, o ambiente da pior qualidade se mantém.

O art. 73, constituído apenas do *caput*, lembra a ameaça de bicho-papão que a mãe faz ao filhinho envolto ainda em fraldas e cueiros. Pela sua grosseira generalização tem o mesmo efeito daquilo.

Nas contratações irregulares está prescrito que tanto contratante quanto contratado respondem pelo dano causado.

Pergunta-se: e se não for apurado dano nenhum ? Responderão pelo quê ? Se o contrato, por preço abaixo do de mercado, foi excelentemente executado, qual terá sido o dano ?

Segundo: se houve erro grosseiro da Administração que contratou, e se o contratado executou perfeitamente o contrato com absoluta boa-fé, então ele deveria responder por algum *erro grosseiro* da Administração ?

Que vem a ser isso ? Qual a lógica mínima de tal asserção ? Como a lei pode desfilas semelhante inconsciência do

mundo e da realidade, que uma criança já percebe ? Os moralistas autores dessa infâmia irresponsável são mais imorais do que os que a lei tenta incriminar ...

O artigo se situa num patamar abaixo de degradante, e somente se lamenta esperar até esta previsão ser revogada.

V – O art. 74, que resume o objeto deste artigo e que transpõe a angustiante e aflitiva situação instaurada pelos arts. 72 e 73 – quiçá um castigo existencial -, prescreve ser inexigível licitação quando for inviável a competição, e elenca *exemplificativas* hipóteses, que não encerram o rol possível delas. O rol não é nem jamais foi fechado ou taxativo.

Antes de adentrar aquele rol é sempre proveitoso lembrar o seguinte: o *caput* não expressa mais do que a mais primitiva lógica, a de que se for inviável a competição será inexigível licitação. A licitação sendo uma competição entre candidatos a fornecedor da Administração, então por evidente se a competição for impossível não se há falar em licitação.

Ocorre que os dizeres do *caput*, de pueril e angelical simplicidade se lidos isoladamente de qualquer contexto fático, entretanto, quando vertidos para as situações do dia-a-dia, com toda frequência se convertem em batalhas sangrentas e encruadas, verdadeiros campos de extermínio.

Com todo efeito, nem toda configuração de competição impossível é tão simples e óbvia quanto, por exemplo, a de algum ente público querer adquirir uma obra única de arte, ou um

imóvel histórico que pertenceu a um herói, ou um manuscrito do nosso maior literato. Falar-se em licitação neste caso seria piada.

Mas poucas situações são assim tão simplórias, porque o ente público vive precisando adquirir objetos – serviços, equipamentos, materiais – que ensejam as mais acirradas discussões sobre se esses negócios permitem competição entre possíveis fornecedores de objetos ao menos similares, ou se não permitem porque cada um daqueles objetos não tem similares.

O que são similares ? Até onde vai a similaridade, e onde começam as diferenças entre os objetos ? Nem em mil anos de debates, discussões e diatribes o ser humano conseguirá chegar a um consenso.

Na dura realidade operacional do ente público é permanente aquela dúvida sobre se existem vários possíveis fornecedores do objeto, ou se existe apenas um que satisfaça plenamente a necessidade do adquirente. Na prática diária quase nada é tão singelo quanto o *caput* do art. 74 quer fazer crer, para se realizarem contratações diretas por inexigibilidade de licitação.

E é bem conhecido o universo das rejeições de contratos pelos Tribunais de Contas de todo nível, assim como é profundamente angustiante o mar de ações judiciais, não raro contendo a acusação de improbidade administrativa, contra agentes públicos contratantes e contra os seus contratados, movidas com base em ‘inexigibilidades indevidas’.

Aquelas terríveis ações – merecidas ou não – já tiraram o sono, a saúde e os meios financeiros de miríades de pessoas, e aconteceram incontáveis abusos de poder pelos autores,

dentre, evidentemente, ações cabíveis e necessárias. Terríveis são todas pois que devastadoras na sua pretensão – repita-se, muita vez correta e necessária.

Melhorou ultimamente a situação do direito brasileiro quando foi publicada a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que, após trinta anos de patifaria da lei de improbidade administrativa no admitir modalidade *culposa* de improbidade, extirpou essa infâmia que ignorava a língua portuguesa. o direito, a moral e os bons costumes, e a decência mínima que se espera de uma lei.

Sim, mas o risco ainda existe, porque a discussão sobre se a competição é ou não viável neste caso ou naqueloutro persiste, e, como se disse, jamais terá fim, ante a subjetividade real desse conceito de inviabilidade – que, para quem nasceu ontem, parece tão real e concreto ...

Todo o cuidado deste mundo, e dos mundos paralelos, é o que se recomenda com ênfase aos operadores de licitações e de contratações, assim como, na medida do exequível e do razoável, também aos pretendentes a contratos públicos.

VI – Enfim, o rol do art. 74.

A lei declara inexigível licitação quando o agente público entender – e tentar demonstrar - inviável a competição, sobretudo em casos como

- inc. I – materiais ou serviços com produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. O mais importante a lei

– que copiou a grossa asneira da lei anterior - não disse: é inviável a competição se houver *vendedor* exclusivo.

Produto de marca tem sempre produtor exclusivo, mas nem por isso a competição é inviável se houver mais de um vendedor. Existem infinitos serviços personalizados e que se podem classificar singulares, ou exclusivos de algum prestador, mas daí a pretender inviável a competição entre os prestadores é um passo muito arriscado.

O que se recomenda é a máxima atenção na demonstração daquela exclusividade – sendo que atestados e certidões de juntas comerciais ou entidades que o valham são absolutamente falíveis, porque não podem assegurar a exclusividade mas apenas que não consta outro registro de fornecedor daquele objeto nos seus assentamentos, o que é radicalmente diferente.

Uma coisa é atestar que o fornecedor é exclusivo, outra é atestar que não consta outro fornecedor nos registros da entidade local de comércio. E outra: a junta comercial local atesta sobre o local de sua abrangência, mas um Município vizinho pode ter registrado outro fornecedor do mesmo objeto, o que desanca a ideia de exclusividade.

O dispositivo, de simplicidade angelical, pela sua dúbia redação que vem sendo copiada lei após lei, em verdade é perigosíssimo;

- inc. II – artista, diretamente ou por empresário exclusivo. Outra tibieza da lei que já conta mais de trinta anos.

Contratar artista diretamente é virtualmente impossível, porque nenhum artista quer trabalhar cinco meses por anos apenas para pagar impostos ao governo, daí todos criarem pessoas jurídicas.

Empresário exclusivo ... quem tem ? Duvida-se que os maiores e mais consagrados artistas do planeta tenham, ao menos algum deles, empresário exclusivo. De início, nos anos 90 essa exigência era solenemente ignorada pelos entes de controle de contas, mas neste novo milênio acentuou-se a cobrança e a fiscalização, registrando-se inclusive muitas rejeições de contratos artísticos se o empresário não era exclusivo – e nunca era.

Ad impossibilia nemo tenetur, ou seja, ninguém está obrigado ao impossível. Esta previsão foi concebida para não dar certo, nunca dará certo e seria muito interessante que os fiscais das contas públicas se dessem conta disso. Até quando a lei dará murro em ponta de faca ?

Quanto à consagração pública, de tão subjetiva é essa previsão que entendemos que se o artista for conhecido pela vizinhança quando canta durante o banho estará satisfeita a condição legal – coisa de aborígene tupiniquim, ou de jeca-tatu do direito.

Este inocente escriba não gostaria, para fiscalizações de contas como tais, de estar na pele de um agente de Tribunal de Contas ...

(conclui na segunda parte)

