



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**O PROCESSO DE COMPRAS PÚBLICAS EXECUTIVAS
A INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES**

ORIENTANDO (A): THAYS DE OLIVEIRA MARTINS
ORIENTADOR (A): PROF. (A): ME. JOSÉ HUMBERTO ABRÃO MEIRELES.

GOIÂNIA-GO

2022

THAYS DE OLIVEIRA MARTINS

O PROCESSO DE COMPRAS PÚBLICAS EXECUTIVAS
A INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Orientador: ME. José Humberto Abrão Meireles.

GOIÂNIA-GO

2022

THAYS DE OLIVEIRA MARTINS

**O PROCESSO DE COMPRAS PÚBLICAS EXECUTIVAS
A INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. José Humberto Abrão Meireles

Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Cláudia Luiz Lourenço

Nota

Agradeço primeiramente à Deus, pois sem Ele não estaria aqui, aos meus pais, por sempre acreditarem em mim, mesmo quando eu já duvidava de mim mesma durante essa caminhada, a minha irmã e o meu namorado, por todo apoio, paciência e compreensão, aos meus avós pelo incentivo, dedico em especial ao meu avô Joaquim Roberto (*in memoriam*), sei que, de algum lugar, ele olha por mim. Obrigada a todos, a minha vitória será eternamente nossa!

O PROCESSO DE COMPRAS PÚBLICAS EXECUTIVAS

A INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Thays de Oliveira Martins ¹

O artigo objetivou elucidar quais os casos de inexigibilidade de licitação constantes na denominada Nova Lei de Licitação nº 14.133/2021. A técnica metodológica utilizada foi a revisão bibliográfica na doutrina, artigos e legislação pertinente. Constatou-se que a inexigibilidade de licitação são considerados os casos em que não há competitividade dentro do mercado. Conclui-se através do apresentado, que a Lei nº 14.133/2021 elenca em seu artigo 74, algumas hipóteses de inexigibilidade, destacando-se: a aquisição de materiais e equipamentos que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva, a contratação de profissional de setor artístico, que sejam reconhecidos pela crítica ou pela opinião pública; serviços de natureza intelectual; objetos que possam ser contratados por meio do credenciamento e; quando da aquisição ou locação de imóvel que sejam especiais em razão de suas características e/ou localidade. A Nova Lei de Licitação veio regulamentar de forma efetiva os casos de inexigibilidade de licitação.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade na Licitação. Lei nº 14.133/2021.

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás -PUC-GO.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. BREVE HISTÓRICO SOBRE LICITAÇÕES	07
1.1 A LICITAÇÃO NO BRASIL	08
1.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO	10
1.3 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO	11
2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO	16
3. DA INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	19
CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
REFERÊNCIAS	24

INTRODUÇÃO

As licitações e contratações públicas realizadas pela Administração Pública brasileira foram evoluindo com o passar do tempo, acompanhando sempre o desenvolvimento da sociedade brasileira, a fim de atender, da maneira mais transparente e correta, o interesse público.

A recente Lei Federal nº. 14.133/2021 torna-se a principal norma vigente no país responsável por regulamentar as aquisições e contratações realizadas pelo Poder Público. Além de prever as diversas modalidades de licitação pelas quais será possível se efetivar tais contratos, a norma em questão também descreve os casos onde o procedimento licitatório é dispensado, através da inexigibilidade de licitação, com as hipóteses de dispensa destacado em seu artigo 74.

Os casos de inexigibilidade de licitação são aqueles que não possuem competitividade dentro do mercado. São casos em que a competição está comprometida, seja porque existe apenas uma pessoa capaz de realizar o serviço ou a venda à Administração, seja porque só há um objeto que atenda às necessidades do órgão público. Importa saber, a partir da Nova Lei de Licitação, quais os casos inexigíveis a licitação.

Diante do exposto, o objetivo geral deste artigo é elucidar quais os casos de inexigibilidade de licitação constantes na denominada Nova Lei de Licitação nº 14.133/2021. Dentre os objetivos específicos pretende-se: apresentar breve histórico sobre licitações, sua conceituação e os princípios norteadores; destacar as modalidades de licitação e; descrever os casos de inexigibilidade de licitação na Lei nº 14.133/2021.

A abordagem justifica-se à medida que possibilitará compreender as novidades trazidas pela Nova Lei de Licitação relacionada a inexigibilidade. Empregou-se como metodologia a técnica de pesquisa bibliográfica através da doutrina, artigos publicados em meios eletrônicos e legislação pertinente.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE LICITAÇÕES

A licitação teria surgido na Roma antiga e inicialmente funcionava como um leilão, em que os concorrentes eram convidados a participar de uma assembleia pública, por ocasião da qual lhes era entregue uma descrição detalhada da obra a ser realizada e onde apresentavam oralmente suas propostas (JUSTEN FILHO, 2018).

Para Delano (2009) a licitação teria surgido na Europa Medieval como fruto da necessidade da aquisição de bens, execução de serviços ou obras pela Administração Pública. Nessa época, na Idade Média, o regime de governo era a Monarquia. Nesse período o processo de licitação era regido pelo sistema “Vela e Pregão”, que era muito simplificado e tinha como objetivo alcançar dentre os particulares interessados, o que apresentasse o melhor preço para fornecer bens ou prestar serviços ao Estado.

No sistema “Vela e Pregão” tinham-se os seguintes procedimentos: a Administração convidava os interessados para uma sessão onde conheceriam o projeto e ofertariam seus preços; no dia e hora marcada compareciam ao local pré-estabelecido os interessados, na presença do representante do Estado; era de costume acender uma vela, como marco do início das negociações, sendo que os interessados ofertavam então lances até o momento em que a vela se apagasse, por ter queimado toda, ou por si só. Por esse motivo que o sistema ficou conhecido como “Vela e Pregão” (DELANO, 2009).

Lentamente foi se verificando a ineficácia do sistema “Vela e Pregão”, devido a sua informalidade e precariedade que dava margem às práticas de corrupção, tanto por parte dos agentes do Estado, como por parte dos particulares.

Delano (2009, p. 1) afirma que “Em meados do século XIX, época do Estado Liberal, surge a Administração Pública Burocrática que visa proteger o Estado da corrupção, do empreguismo e do nepotismo.” Essa fase ficou marcada pela centralização das decisões, hierarquia funcional, profissionalismo e formalismo, enfim, o Estado começa a controlar todos os atos administrativos de seus agentes, tudo no intuito de superar o antigo modelo de Administração.

Este modelo também apresentou falhas, pois engessava a Administração, em especial o processo licitatório, que era cheio de vícios e ilegalidades, devido a brechas nas legislações ou até mesmo a falta de qualificação dos servidores e entes públicos.

Surge então a Administração Pública Gerencial que está vinculada a uma melhor gestão dos gastos públicos, e juntamente com este novo modelo, que representa uma evolução na forma de gestão administrativa, a licitação também acompanhou esta tendência, não só no mundo, mas também no Brasil.

1.1 A LICITAÇÃO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, representa muito mais que uma conquista do povo, a “Constituição Cidadão” como foi chamada por Ulisses Guimarães, representa a evolução do Estado Brasileiro como nação (SILVA,2010).

Antes da Constituição Federal de 1988, na Carta de 1967 não havia previsão Constitucional para licitações. A matéria era regulada via legislações infraconstitucionais, a exemplo do Decreto-lei 200/67 e Decreto-lei 2.300/1986. Havia na doutrina um debate sobre de quem era a competência para legislar sobre licitações e contratos, uma vez que não havia qualquer referência constitucional sobre a matéria. Borges (1991, p. 17), discorrendo sobre o assunto, observa que:

O tema das licitações e contratos administrativos merece uma referência toda especial. Durante a vida da Constituição de 1967/69, nunca se pacificou de todo a controvérsia em torno da competência legiferante nessa área. [...] Com efeito, por muito tempo se discutiu se a matéria de licitações seria de direito financeiro ou se de direito administrativo, a justificar, no primeiro caso, a competência da União para legislar sobre a matéria em caráter nacional, e no segundo, a competência da União, estados e municípios, para dispor com autonomia.

De acordo com o entendimento de Justen Filho (2018), a Administração Pública-A.P assume o dever de realizar a contratação menos onerosa ao erário público, através da escolha da proposta mais vantajosa, e o particular é obrigado a realizar a melhor e mais completa prestação, assim, a melhor proposta evidencia a maior vantagem à Administração Pública, considerada a relação custo benefício. Ou

seja, a Administração Pública busca maior qualidade e/ou quantidade de prestação e a menor onerosidade ao erário público, o que resulta em maior benefício econômico. Para alcançar este objetivo- continua o autor-, a A.P. conta com diferentes formas de realizar o procedimento licitatório, com a finalidade de melhor atender às suas complexas necessidades e funções. Para tanto, criou órgãos específicos para a condução da licitação- aspecto que passa despercebido para muitos, além de procedimentos que possam adequar-se às complexas necessidades da Administração Pública.

No Brasil, as críticas à Administração Pública são recorrentes desde o período Imperial, conforme ensina Niebuhr (2005, p. 255): “Costuma-se dizer que ela é lenta, arcaica, em parte corrupta, presa à burocracia e aos interesses corporativos e preocupada mais consigo mesma do que com os serviços públicos a serem prestados à população”.

Na tentativa de tornar os procedimentos administrativos mais transparentes e confiáveis, nosso país, fortemente influenciado pelo Direito Romano, através das Ordenações Filipinas, editou o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, tratando das concorrências públicas. Mais tarde, surgiram novas regras para as licitações com a edição de novos diplomas legislativos: I- lei orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909; II- Lei nº 3.232, de 05 de janeiro de 1.917; III- Lei nº 3.991, de 05 de janeiro de 1920; IV- Decreto Legislativo nº 4.536 de 28 de Janeiro de 1922 (antigo Código de Contabilidade Pública); V- Decreto n. 4.555, de 10 de agosto de 1922. Porém, o termo "Licitação" foi empregado pela primeira vez na legislação brasileira no texto da Lei n. 4.401 de 10 de setembro de 1964, conforme nos afirma Dayrell (1973).

O jurisconsulto Américo Servídio, em sua obra *Dispensa de Licitação Pública*, observa que, no Brasil, o procedimento licitatório passou a ter tratamento mais sistemático, com maior conteúdo legislativo destinado a disciplinar a matéria, a partir da promulgação do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Seguindo essa escalada legislativa, na década seguinte, o Tribunal de Contas da União editou uma Súmula submetendo os órgãos públicos da administração direta e indireta (aí consideradas também aquelas com personalidade jurídica de direito privado), às normas da competição licitatória, levando a efeito o princípio da isonomia, como princípio ético e jurídico da Administração Pública. Posteriormente, no ano de 1986,

após a promulgação dos diplomas legislativos supracitados, editou-se o Decreto-Lei nº 2.300, o primeiro instrumento normativo, inteiramente, dedicado a regulamentar o procedimento licitatório para toda a administração pública brasileira. Em 1988, as normas de procedimento licitatório ganharam *status* de matéria constitucional com a promulgação da, então, nova Constituição Federal, que em seus artigos 37, XXI e 175 trataram de deixar clara a vontade do legislador constituinte quanto ao procedimento licitatório (DI PIETRO, 2019).

Os precedentes legislativos que traduzem a história do procedimento licitatório no Brasil, conforme ensina Pereira Júnior (1993), culminaram na edição da Lei 8.666/93, o estatuto das licitações e dos contratos públicos, que seguindo as diretrizes traçadas pela CF/88, submeteu ao crivo do procedimento licitatório as compras, obras, serviços, alienações ou locações contratadas por qualquer dos órgãos ou entidades da Administração Pública brasileira, respeitadas as exceções previstas em lei. Em obediência aos princípios do interesse público, da legalidade, isonomia, publicidade, impessoalidade e moralidade.

Os fundamentos jurídicos, que estão na base dos procedimentos práticos da licitação pública, bem como seus critérios mais relevantes, foram positivados na Lei 8.666/1993 e mais recentemente na Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei da Licitação).

1.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO

Licitação, segundo Di Pietro (2019) é o procedimento administrativo do qual lança mão um ente público para convocar os interessados a formularem propostas (submetendo-os às normas do instrumento convocatório), dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Rigolin e Bottinom (2005) conceituam licitação como sendo não apenas um ato administrativo, mas toda uma sequência de atos administrativos vinculados através dos quais a Administração Pública elege entre as ofertas apresentadas, a proposta que melhor atenda ao seu interesse (que é o interesse público), consideradas aí, a melhor prestação e a menor onerosidade ao erário.

Licitação é conceituada por Alexandrino e Paulo (2019) - como o procedimento administrativo previsto em lei, para determinar os meios de aquisição de bens e/ou serviços pela Administração Pública. Procedimento, este, balizado nos

princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e na supremacia do interesse público. A ideia principal da licitação é a disputa isonômica através da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração Pública, visando um contrato administrativo entre o licitante vencedor do certame e a Administração Pública, para, desta forma, realizar contratos de obras de engenharia civil, serviços, concessões, locações, compras, entre outros.

Justen Filho (2018), na obra *Direito Administrativo*, ensina que a licitação, através do atendimento a uma série de requisitos legais, dentre os quais, o ato administrativo convocatório, permite que os interessados se apresentem à Administração Pública em condições igualitárias de competição. Esse procedimento reduz o poder discricionário do administrador, submetendo o resultado do certame licitatório a critérios decisórios objetivos. Vence o licitante que apresentar a melhor proposta, segundo critérios objetivos, ou seja, independe da subjetividade do administrador ou pregoeiro que esteja à frente do procedimento licitatório, a decisão tem que estar pautada nos critérios pré-determinados na legislação.

Ratificando as opiniões acima dispostas vem o ensinamento de Alex Muniz Barreto (2006), salientando que na doutrina jurídica pátria há um consenso acerca do conceito de "licitação", concordando os doutrinadores ao ensinarem que licitação é o procedimento pelo qual a Administração Pública, seleciona propostas que lhe são mais vantajosas, assim entendidas aquelas que melhor atendam ao interesse coletivo.

No que se refere ao conceito de licitação, não parece haver grandes controvérsias a serem dirimidas, apenas salienta-se que o termo licitação é suficiente para expressar o conteúdo do procedimento, sendo redundante o uso da expressão "licitação pública", visto que o termo "licitação" por si só encerra a sua natureza pública que, mesmo tratando-se de entidades de natureza jurídica de direito privado, quando em exercício de função pública adquire *status* de ente público.

1.3 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A licitação, inserida na ciência jurídica como matéria pertinente ao Direito Administrativo é regida por princípios norteadores da Administração Pública:

legalidade, moralidade, probidade administrativa, igualdade, impessoalidade e publicidade (ALEXANDRE; PAULO, 2019).

Pelo princípio da legalidade a Administração Pública está vinculada à lei, ou seja, apenas está autorizada a fazer o que a legislação prevê. Ao contrário do particular que pode fazer tudo quanto à lei não proíba. Dada a sua natureza de procedimento administrativo público, a licitação, formada por uma série de atos da Administração Pública, necessita observar tal princípio. Princípio, este, que nasceu com a própria ideia de estado de direito, e que constitui (juntamente com o Poder Judiciário) uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, pois a lei ao mesmo tempo os define e também impõe limites à atuação da Administração Pública no que se refere à restrição do exercício desses direitos pelo cidadão em benefício da coletividade (DI PIETRO, 2019).

Segundo a doutrina de Alexandrino e Paulo (2019), o princípio da legalidade é a diretriz basilar de todos os Estados de Direito, sendo na verdade assevera o autor- sua própria qualificação, pois o Estado é dito "de direito" porque nele vigora o império da lei.

Barreto (2006) vê no princípio da legalidade a legitimação da vontade do povo, uma vez que a lei é elaborada por representantes deste. Dessa forma, a administração estando vinculada à lei está também subordinada à vontade do povo. O princípio da legalidade, no campo das licitações, impõe que o administrador observe as regras que a lei traçou para cada procedimento. É a aplicação do devido processo legal, onde exige que a administração faça a escolha da modalidade adequada, que tenha clareza quanto aos critérios seletivos, que somente permita que seja realizada a licitação se estiver de acordo com a lei, que verifique cuidadosamente os requisitos de habilitação dos candidatos, e que, a cima de tudo, disponha-se a alcançar os objetivos alvos da legislação.

Já o princípio da moralidade e probidade administrativa, sinaliza que deve existir honestidade e seriedade na licitação. Esses princípios tanto se aplicam à conduta do agente da Administração Pública como à dos próprios licitantes. A moralidade compreende entre outros princípios, o princípio da boa-fé (JUSTEN FILHO, 2018).

O princípio da moralidade, segundo Carvalho Filho (2007, p. 216), na obra *Direito Administrativo*: “[...] exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. [...] se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.”

A moralidade exige um comportamento da Administração não apenas lícito, mas que esteja de acordo com a moral e os bons costumes, regras de boa administração, princípios da justiça e equidade, a ideia comum de honestidade (DI PIETRO, 2019). A moralidade está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 37 *caput*, e 5º, LXXIII (BRASIL, 1988).

A moralidade administrativa deve estar ligada à probidade administrativa, pois na administração pública o funcionário deve agir com honestidade, sem conduzir suas competências em proveito próprio ou alheio em detrimento do interesse coletivo. A probidade, do Latim *probitate*, substantivo feminino, qualidade de quem é probo; integridade de caráter; retidão; honradez; brio; observância rigorosa dos deveres da justiça e da moral [...] é uma “moralidade qualificada” (SILVA, 2010, p. 653).

A probidade por parte dos administradores possui um sentido de honestidade, boa-fé, moralidade. Esse princípio exige do administrador a honestidade do mesmo para com os demais licitantes e principalmente com a própria Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2007). A nova lei de licitação n. 14.133/2021 elenca no seu artigo 5º a probidade como um princípio a ser seguido (BRASIL, 2021).

Em relação ao princípio da igualdade, o mesmo é decorrente do princípio da isonomia, previsto no texto constitucional. Dá aos licitantes a garantia de uma competição paritária, sem discriminação que possam excluir, dificultar ou privilegiar a participação de interessados (BARRETO, 2006).

José Afonso da Silva (2010, p.210) entende o princípio da igualdade da seguinte forma: “[...] a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra”. Ele está previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental da pessoa humana. Quando se trata de licitação, a Constituição assegura em seu art. 37, inciso XXI, “igualdade de condições a todos os concorrentes” (BRASIL, 1988).

Na licitação, aplicar o princípio da igualdade, significa que todos os interessados devem competir em igualdade de condições, sem que nenhum deles tenham vantagens em relação aos outros (CARVALHO FILHO, 2007).

O princípio da igualdade impede que o Administrador através do procedimento licitatório, imprima na gestão pública suas preferências - partidárias, ideais religiosos, preconceitos dos mais diversos, entre outros parâmetros de sua subjetividade-, criando regras que inclua ou exclua interessados, conforme pareça conveniente aos seus valores particulares.

Outro princípio em destaque é o da impessoalidade. Conforme Meirelles (2016), os atos administrativos devem sempre perseguir o interesse público e não satisfazer interesses pessoais. Dessa forma, o gestor público, não pode conferir a si próprio os méritos da realização de uma obra pública, por exemplo, pois tais méritos pertencem à Administração Pública e não ao gestor que se encontra à frente dela naquele momento, conforme determina o artigo 37, §1º da CF/88.

Dessa forma, o ato administrativo deve acontecer em proveito do interesse público e não dos interesses particulares do administrador. A atividade administrativa atribuída por lei aos agentes públicos deve ser direcionada à realização despersonalizada dos escopos do Estado, entendida como tal aquela que se mostra distante de quaisquer motivos de índole privada ou de foro íntimo que venham a comprometer, direta ou indiretamente, a gestão pública (BARRETO 2006).

Este princípio, segundo Carvalho Filho (2006), é uma das facetas do princípio constitucional da isonomia, portanto visa o tratamento igualitário dos administradores para com os administrados e veda a autopromoção dos gestores públicos através da máquina administrativa.

Em relação ao princípio da publicidade, a licitação deve ser amplamente divulgada, a ponto de todos os interessados terem conhecimento, para que o número de licitante seja o maior possível, pois quanto mais pessoas participarem, mais eficiente irá se tornar a forma de seleção, e desta forma será mais vantajosa a proposta do licitante que vier a vencer (CARVALHO FILHO, 2006).

Barreto (2006) entende que este princípio possui grande relevância, seu cumprimento possui transparência e lisura em relação ao que se exige nas fases da licitação, quando do seu procedimento. Faz com que todos os interessados no

certame fiquem sabendo o que é necessário para participar, documentos, valores máximos e mínimos.

O cumprimento a este princípio facilita o controle da Administração Pública pela sociedade. Pois uma vez publicados os atos administrativos facilita a fiscalização da gestão pública pelos administrados que têm a possibilidade de cobrar de seus representantes ações coerentes com a vontade de seus representados. Por outro lado, garante ao administrado o acesso às informações existentes na Administração Pública acerca de sua própria pessoa (ALEXANDRINO; PAULO, 2019). Toda e qualquer referência, feitas em um ente público, a um administrado obedece o princípio da publicidade, no que diz respeito ao conhecimento do próprio administrado. O que não autoriza a Administração Pública a publicar nos meios de comunicação as informações que se encontrem em seu poder acerca de particulares, face ao disposto no art. 5º, X da CF/88 (BRASIL, 1988). Por exemplo, o órgão municipal que cuida da cobrança do IPTU, não pode publicar nos meios de comunicação de massa os nomes dos contribuintes que se encontrem em atraso com o pagamento do referido imposto. Neste caso, especificamente, poderá, depois de atendido o devido processo legal e os requisitos dos artigos 201-204 do Código Tributário Nacional, inscrevê-lo na Dívida Ativa, que é um cadastro próprio e de acesso restrito aos interessados (JUSTEN FILHO, 2018).

2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O legislador alterou as modalidades de licitação a partir da Lei nº 14.133/2021, antes da referida lei as modalidades era as seguintes: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão (presencial e eletrônico) e a consulta, sendo a maioria destacada na Lei nº 8.666/1993. Com o advento da Lei nº 14.133/2021, passam a ser o pregão, a concorrência, o concurso, o leilão e o diálogo competitivo. Portanto, foram suprimidas modalidades licitatórias e instituídas outras.

Conforme o art. 28, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, é vedada a criação de outra modalidade de licitação, bem como a combinação das existentes. Trata-se, portanto, de um rol exaustivo, que não comporta interpretação extensiva por parte do gestor público.

De forma resumida, a concorrência é direcionada para qualquer interessado, desde que prove na fase inicial de habilitação os requisitos mínimos exigidos. De acordo com Rossi (2020), normalmente essa modalidade é definida em razão do valor da futura contratação, mas é possível que a concorrência seja aplicada em situações em que o valor não é o critério principal.

Na Lei nº 14.133/2021 a concorrência é definida no art. 66, inciso XXXVIII:

Modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto (BRASIL, 2021).

O concurso, por sua vez, visa a seleção, pela Administração Pública, de trabalhos técnicos, científicos ou artístico, quando há instituição de prêmio ou remuneração ao vencedor, teor do que dispõe o art. 30 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021). Em suma, a sistemática do concurso não foi substancialmente modificada com o advento da nova lei de licitações, uma vez que o objetivo e ideia continuam sendo os mesmos.

Prosseguindo, tem-se a modalidade de leilão, agora prevista no art. 6º, da Lei nº 14.133/2021, cuja disposição é a seguinte “modalidade de licitação para

alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer maior lance” (BRASIL, 2021).

Não é demais ressaltar que na disciplina da Lei nº 8.666/1993 o legislador consagrou que os bens imóveis adquiridos em processo judicial ou dação em pagamento, não só poderiam ser alienados por leilão, mas também através da modalidade concorrência. Contudo, a Lei 14.133/2021 determina que os bens imóveis, de forma geral, independente da forma de sua aquisição, poderão ser alienados pela modalidade leilão (BORDALO, 2021). Logo, independentemente de terem sido ou não adquiridos em processo judicial ou dação, é o leilão a modalidade a ser utilizada pela Administração para alienação de bens imóveis.

Ainda, no antigo regramento (Lei nº 8.666/1993), os bens móveis deveriam respeitar um limite de valor, ressalva não mais consagrada na Lei de Licitações. Logo, qualquer que seja o valor dos bens móveis, será possível a participação no leilão, sendo o critério de seleção o maior lance realizado.

O pregão, por sua vez, instituindo inicialmente no ordenamento jurídico brasileiro para reger a licitação no âmbito das agências reguladoras, com a edição da Lei nº 14.133/2021 passa a ser modalidade geral de licitação, a teor do que dispõe o inciso XLI, do art. 6º do atual regramento: destinando-se à aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério poderá ser o do menor preço ou do maior desconto (BRASIL, 2021).

Tem-se, ainda, a modalidade denominada de diálogo competitivo. Sem correspondente na Lei nº 8.666/1993, nos termos do inciso XLII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/2021 se destina a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados (BRASIL, 2021). Portanto, na modalidade em comento, os concorrentes serão escolhidos por meio de critérios objetivos visando desenvolver uma ou mais alternativas apropriadas para atender às necessidades da Administração Pública, na condição de licitante; e, quando finalizados os diálogos, os interessados deverão apresentar uma proposta final, que será então analisada pela Administração.

O diálogo entre o Estado e os particulares já é uma realidade no Direito Administrativo moderno. Nesse sentido, a construção de uma solução dos problemas da Administração Pública, junto à iniciativa privada, faz com que novas tecnologias

cheguem às contratações públicas e fomentem melhorias na eficiência dos contratos firmados.

Observa-se que, as modalidades de concorrência, concurso e leilão foram mantidas pela Lei nº 14.133/2021, espécies de licitação já previstas nos incisos I, IV e V, do art. 22 a Lei nº 8.666/1993. E o pregão, até então disciplinado na Lei nº 10.520/2002, agora se encontra regulamentado na Lei nº 14.133/2021, responsável, ainda, por introduzir uma nova modalidade licitatória, qual seja, o diálogo competitivo. Por fim, foram suprimidas as modalidades de tomada de preço e convite, previstas na Lei nº 8.666/1993, nos incisos II e III, do art. 22, sem correspondência no novel diploma legal.

Deste modo, em que pese tais considerações, não se vislumbra uma efetiva alteração no procedimento licitatório, principalmente no que tange uma maior agilidade e menor burocratização. Ao que parece, a preocupação do legislador foi muito mais em adequar, em uma única lei procedimentos até então consagrados em modalidades outras. Contudo, há sim algumas simplificações, como a diminuição nas modalidades. Porém, somente o tempo apresentará respostas quanto à maior efetividade das mudanças legislativas.

3. DA INEXIGIBILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Parcela da doutrina brasileira introduz o conceito básico de inexigibilidade de licitação fazendo a distinção desta com as hipóteses de dispensa de licitação. Acertadamente, por tornar simples a diferenciação entre uma e outra. Justen Filho (2018) esclarece que a diferenciação entre dispensa de licitação ou licitação dispensada e inexigibilidade de licitação se dá por conta da inviabilidade de competição na segunda. Nas dispensas, há viabilidade de competição entre participantes e a lei faculta ao Administrador, em casos específicos, a realização de licitação, ficando à sua discricionariedade a adoção de procedimento formal ou não.

Já nas inexigibilidades, a competição está comprometida, seja porque existe apenas uma pessoa capaz de realizar o serviço ou a venda à Administração, seja porque só há um objeto que atenda às necessidades do órgão público.

Para Fernandes (2012), a inexigibilidade será quando o administrador é forçado a contratar sem ter opção de licitar por ser um serviço exclusivo que somente uma pessoa possa fazer ou uma empresa.

Rossi (2020, p. 1120) observa que existem pressupostos lógicos, no sistema de inexigibilidade, que levam o legislador a estabelecer os casos em que não se exige a licitação, quais sejam:

A pluralidade de fornecedores, a pluralidade de competidores, a pluralidade de licitantes, a pluralidade de produtores no certame licitatório; se não houver pluralidade de competidores, a competição será considerada inviável, e, se inviável, a licitação será inexigível.

Percebe-se, novamente, que é a viabilidade de competição que torna a licitação exigível ou não. Segundo Oliveira (2020), a competição se torna inviável em decorrência de duas situações: a impossibilidade fática de competição e a impossibilidade jurídica de competição. A primeira se refere ao fornecimento do produto por apenas um fornecedor, como é o caso do fornecedor exclusivo; e, a segunda se refere a ausência de critérios objetivos que servem para definir a melhor proposta, fazendo com que a licitação não possa realizar um julgamento objetivo, como é o caso da contratação de artista.

Destaque-se que na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL,1993), a matéria foi regulamentada, de forma exemplificativa, no art. 25. Na nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 as hipóteses de inexigibilidade estão regulamentadas no art. 74 (BRASIL,2021).

Em relação as hipóteses de inexigibilidade, previstas no art. 74, o inciso I dispõe ser inexigível a licitação para a aquisição de materiais e equipamentos que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva, ou seja, que somente uma pessoa possa fornecer o serviço solicitado pela Administração (BRASIL, 2021). Destaque-se que há neste inciso o acréscimo da contratação de prestação de serviços dentro das hipóteses, pois nesse caso, pela inviabilidade de competição, configura-se a inexigibilidade de licitação.

No inciso II, do art. 74, o legislador apontou a contratação de profissional de setor artístico, que seja consagrado pela crítica ou pela opinião pública (BRASIL, 2021). Nesse caso, também pela unicidade do artista, não ocorrerá a licitação. Já o inciso III traz uma série de serviços de natureza intelectual, que deve ser realizado por empresas ou pessoas especializadas, que diante das características especiais torna a licitação inexigível, destaque-se alguns: “[...] c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; [...] f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico” (BRASIL,2021).

No inciso IV, do art. 74, também é prevista a inexigibilidade de licitação quando os objetos possam ser contratados por meio do credenciamento. Já no inciso V, no qual o legislador informou que haverá também a inexigibilidade de licitação quando da aquisição ou locação de imóvel que sejam especiais em razão de suas características e/ou localidade (BRASIL, 2021).

Para correta aplicação da inexigibilidade de licitação o art. 74 da Lei nº 14.133/2021 em seu § 1º, a. Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição por meio do chamado atestado/contrato de exclusividade (BRASIL, 2021). Já no § 2º da referida lei, no caso de contratação de profissional do setor artístico, é necessário que o empresário do artista tenha contrato comprovando a exclusividade da representação.

O art. 74, § 3º da Lei nº 14.133/2021 destaca que os profissionais de notória especialização, deve ser exigido a comprovação do histórico do profissional,

de modo a comprovar suas habilidades. No caso da locação ou aquisição de bens imóveis, será necessário que a Administração justifique a singularidade do bem, de forma a comprovar a escolha do mesmo em detrimento de outros, como preconiza o § 5º, do art. 74 (BRASIL, 2021).

Por fim, entende-se que a inexigibilidade foi uma forma o legislador encontrou para poder agilizar a contratação de obras, produtos ou serviços que foram elencados na lei de licitações para que o cidadão não fique dependente da licitação que em alguns casos podem perpetuar no tempo e quem sai perdendo sempre será o lado mais fraco, o cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da sociedade brasileira, os órgãos públicos também tiveram que se modernizar, adequando-se aos novos anseios da população e ao interesse público, a fim de suportar toda a demanda advinda de seus administrados. Foi o que ocorreu com o advento da Nova Lei de Licitação nº 14.133/2021.

Verificou-se que a Nova Lei de Licitação suprimiu modalidades licitatórias e instituiu outras, porém os princípios que dão fulcro ao instituto têm se mantido em boa parte os mesmos, tendo sido apenas aperfeiçoados suas delimitações.

Relacionado a questão de inexigibilidade, percebeu-se que a Lei nº 14.133/2021 regulamenta as hipóteses de inexigibilidade em seu artigo 74, o que na Lei anterior se dava somente de forma explicativa. Dentre as hipóteses de inexigibilidade tem-se: a aquisição de materiais e equipamentos que só possam ser fornecidos por empresa exclusiva, a contratação de profissional de setor artístico, que seja consagrado pela crítica ou pela opinião pública; serviços de natureza intelectual, que deve ser realizado por empresas ou pessoas especializadas; para objetos que possam ser contratados por meio do credenciamento e; quando da aquisição ou locação de imóvel que sejam especiais em razão de suas características e/ou localidade.

Percebe-se pelo que foi apresentado, que mesmo não sendo profunda as modificações na Lei nº 14.133/2021, elas foram práticas na supressão de modalidades de licitação e na regulamentação das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

THE EXECUTIVE PROCUREMENT PROCESS: THE INEXIGIBILITY IN THE NEW BIDDING LAW

ABSTRACT

The article aimed to elucidate which cases of bidding inexigibility are included in the New Bidding Law No. 14.133/2021. The methodological technique used was a bibliographic review of doctrine, articles and pertinent legislation. It was found that the inexigibility of bidding is considered the cases in which there is no competitiveness in the market. It is concluded through the presented that Law no. 14.133/2021 lists in its article 74, some hypotheses of non-requirement, highlighting: the acquisition of materials and equipment that can only be supplied by an exclusive company, the hiring of artistic professionals who are recognized by critics or public opinion; services of an intellectual nature; objects that can be contracted through accreditation and; when acquiring or renting real estate that are special due to their characteristics and/or location. The New Law of Bidding has effectively regulated the cases of non-requirement for bidding.

Keywords: Bidding. Inexigibility in Bidding. Law 14.133/2021.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 27. ed. São Paulo: Método, 2019.

BARRETO, Alex Muniz. Direito administrativo. Leme: CL Edijur, 2006

BORDALO, Rodrigo. Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar.2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DAYRELL, Carlos Leopoldo. Das Licitações na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DELANO, Franklin. Origem da Licitação. Rio de Janeiro, 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.franklindelanoonline.com/2009/08/origem-da-licitacao.html>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação, inexigibilidade de licitação, comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão, procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão, presencial e eletrônico. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à nova lei das licitações públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual prático das licitações: Lei nº8.666/93. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSI, Licínia. Manual de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo.34. ed. São Paulo: Malheiros,2010.