



DOI: <http://dx.doi.org/10.46375/relaec.36397>

LEI DE LICITAÇÕES: ESTUDO SOBRE AS DIFICULDADES ATUAIS DOS ÓRGÃOS EM CUMPRIR O ARTIGO 25 (INEXIGIBILIDADE), LEI N.8.666 DE 21 DE JUNHO DE 1993

BIDDING LAW: STUDY ON THE CURRENT DIFFICULTIES OF THE ORGANS IN COMPLYING WITH ARTICLE 25 (NONENFORCEABILITY), LAW N.8.666 OF JUNE 21, 1993

Fábio do Vale (UFMS Universidade Federal de Mato Grosso do Sul), **Evellyn Milleny de Assis Rodrigues** (Faculdade INSTED), **Josiane Silva Pereira** (Faculdade INSTED), **Victor Rafael de Souza Gonçalves** (Faculdade INSTED)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo de decisões e relatórios de órgãos de controle externo com o intuito de definir as principais dificuldades encontradas por gestores públicos na aplicação do conjunto orçário nas inexigibilidades de licitações. Com uma abordagem descolonial e leve, nós acadêmicos da Faculdade INSTED de Campo Grande/MS, utilizamos suportes do Direito Administrativo e decisões para pontuar e listar as principais dificuldades e as orientações dadas pelos órgãos de controle externo. Introduzimos a ideia a ser apresentada no corrente artigo, reiterando que o momento atípico traz à tona questionamentos sobre inconsistências e litígios na gestão orçamentaria pública e a falta de transparência, especificamente sobre suas licitações, contratações e aplicações. Embora vista de forma leiga por muitos se torna imprescindível aos acadêmicos buscar conhecimento técnico sobre o assunto no intuito de levantar ideias pertinentes, fundamentadas para serem levadas a público. Com pesquisa documental e bibliográfica, de natureza aplicada, com o objetivo exploratório, através das metodologias qualitativas e epistemológicas, nosso artigo emerge a partir da crítica biográfica fronteira, cuja teorização está ancorada na descolonização, desconstrução da lógica da colonialidade, como embasamento dessa teorização faremos alusão aos autores: Walter Mignolo e Edgar Cézár Oraz Nolasco, responsáveis pela ideia da descolonização. Discutiremos abalizados nos autores: Edgar Guimarães, Sidney Bittencourt, utilizando o Manual de Licitações e Contratos do TCU.

Palavras-chave: Administração Pública; Inexigibilidade; Dispensa de Licitação; Controle Externo; Descolonização.

ABSTRACT: This article aims to study the decisions and reports of external control bodies in order to define the main difficulties encountered by public managers in applying the public treasury in the non-requirements of bids. With a decolonial and light approach, we, academics from the INSTED Faculty of Campo Grande/MS, use Administrative Law supports and decisions to point out and list the main difficulties and guidelines given by external control bodies. We introduce the idea to be presented in the current article, reiterating that the atypical moment raises questions about inconsistencies and disputes in public budget management and the lack of transparency, specifically about its bids, contracts and applications. Although seen in a layman's way by many, it is essential for academics to seek technical knowledge on the subject in order to raise pertinent ideas, substantiated to be taken to the public. With documentary and bibliographic research, of an applied nature, with the exploratory objective, through qualitative and epistemological methodologies, our article emerges from the border biographical critique, whose theorization is anchored in decolonization, deconstruction of the logic of coloniality, as a basis for this theorization we will do reference to the authors: Walter Mignolo and Edgar Cézár Oraz Nolasco, responsible for the idea of decolonization. We will discuss authoritative authors: Edgar Guimarães, Sidney Bittencourt, using the TCU Bidding and Contract Manual.

Keywords: Public administration; Unenforceability; Bidding waiver; External Control; Decolonization.

Introdução

“Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 2000, p. 82).

O presente artigo circunscreve nossas impressões que emergem de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, da graduação de Direito, onde somos acadêmicos na Faculdade Insted, Instituto Avançado de Ensino Superior e Desenvolvimento Humano sobre como o poder público realiza as licitações, especialmente por inexigibilidade, trazendo seus principais conteúdos que devem ser obrigatoriamente e rigorosamente feitos para que as contratações sejam legais e não afetem a administração pública e conseqüentemente os cidadãos pagadores de impostos.

Assim devemos entender que a licitação é um procedimento na qual a administração pública decorre para realizar a contratação de um determinado serviço/produto, é um ato que antecede ao contrato administrativo. Ela garante a igualdade entre os concorrentes, que pode ser classificado em tipos e modalidades de licitações. O tipo de licitações se dá pelo critério de julgamento que pode se dar pelo preço, técnica, técnica e preço, ou maior lance/oferta. Já a modalidades de licitações, está relacionada ao processamento, que pode ser pela concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, pregão ou consulta.

Todas essas formas são para se chegar à proposta mais vantajosa ao governo, garantindo a observância dos princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro, como o princípio da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, entre outros, que podem ser observados no art. 3 da lei 8.666/93:

Art. 3. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...]

As normas para licitações e contratos da Administração Pública se dá pela Lei 8666/93 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. O art. 22, XXVII, e art. 37, XXI, da CF, traz quem é competente para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Essa é a regra da licitação, porém em algumas hipóteses a administração pública pode realizar a contratação diretamente, sem a licitação. Uma dessas hipóteses é a inexigibilidade que é a inviabilidade de concorrência entre os licitantes, pois estamos diante de determinadas questões fáticas ou jurídicas que tornam inviável a competição. Apesar da inexigibilidade de licitações existir desde 1993, por meio do artigo 25 da Lei n.8666 de 21 de junho daquele ano, ainda na atualidade após quase 28 anos de sua promulgação (existência) ainda existem muitos órgãos/gestores que encontram dificuldade em sua utilização, como a falta de procedimentos a inexigibilidade indevida.

Portanto, neste artigo, veremos como a abordagem da crítica biográfica fronteira, “precisamos aprender a desaprender a pensar teoricamente a partir do lócus no qual nos encontramos, posto que nosso corpo encontra-se situado a partir daí, bem como nosso pensamento” (NOLASCO, 2015, p. 19), ou seja, quando pensamos e enunciamos do

lugar onde estamos/moramos sendo esse lugar não eurocêntrico, cuja discussão não parte do centro, assim e por isso mesmo, as formas de licitação por inexigibilidade que se apresenta na lei 8.666/93 no art. 25 na sua forma meramente exemplificativa.

Perpassando assim as suas características, ou seja, discerniremos como o gestor público deve fazer para formalizar o processo de inexigibilidade da licitação, suas espécies, que é o credenciamento que apesar de ser uma espécie de licitação por inexigibilidade não tem previsão no art. 25 da lei 8.666/93, pois é uma criação regulamentada pelo TCU. Além de trazermos acórdãos, súmulas, orientações, impasses e exemplos práticos desse tipo de licitação nos últimos anos especialmente no estado de Mato Grosso do Sul, tratando além é claro do atual período pandêmico na perspectiva das licitações em relação à saúde pública.

Desafios nos atributos de transparência das licitações de inexigibilidade

“Duas diretrizes devem se impor em um ambiente de administração pública responsável: planejamento e austeridade” (ALVES, Léo da Silva).

A partir da condição de acadêmicos de direito da Faculdade Insted em que neste presente artigo discutimos a necessidade em que é sabido que a formalização dos contratos de Inexigibilidade de Licitação deverá ser apontada no momento da elaboração do Parecer Jurídico, como melhor forma de regularização da instrução processual. Como podemos ver no art. 26 da lei 8.666/93, “deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade

superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos”, dentre outros casos, os de inexigibilidade. Devendo também ser guiados pelo disposto no parágrafo único deste mesmo artigo:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como podemos ver, princípios que regem o direito administrativo brasileiro, o caput do artigo 37 da Lei Maior enumera os princípios básicos da Administração Pública, e estes se aplicam aos três poderes e à Administração Pública Direta e Indireta. São princípios básicos da Administração Pública:

A legalidade, segundo o qual, ao administrador somente é dado realizar o que estiver previsto na lei; A impessoalidade, que exige que a atuação do administrador público seja voltada ao atendimento impessoal e geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal a que se vincula; A moralidade, que estabelece a necessidade de toda a atividade administrativa atender a um só tempo à lei, à moral e à equidade, em suma, aos deveres da boa e honesta administração; A publicidade, que faz com que

sejam obrigatórios a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos praticados pela Administração Pública; A eficiência, que impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos e profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, rechaçando-se qualquer forma de atuação amadorística e ineficiente do Poder Público. (CRETELLA, Júnior, José. Curso de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo, 22 ed, Ed Atlas, São Paulo, 2009 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2005.)

Constatado a inviabilidade de competição o afastamento da licitação é obrigatório, é um ato vinculado, se é inviável a competição não compete ao gestor escolher se realiza ou não aquela licitação, pois se não fizer o administrador dessa licitação estará desperdiçando recursos públicos. O artigo 25 da lei 8666/93 traz alguns casos de inexigibilidade, seu rol é meramente exemplificativo, nesse ínterim, o TCU qualifica: “as hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei n. 8.666/1993 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no caput do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição”:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a

comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - Para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - Para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Podemos destacar que o inciso I traz o caso da exclusividade, onde há compra (não sendo permitida a adoção para serviços ou obras) do material, equipamento ou gêneros se dá por fornecedor (produtor, empresa ou representante comercial) exclusivo. A lei determina que é

necessária a comprovação da exclusividade mediante atestado, sendo que: “compete à administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do artigo 25, inciso I, da lei nº 8666/93” (Orientação normativa AGU 16), além de vedada a preferência de marca na licitação, que será tratada mais a diante. Haja vista a jurisprudência:

Não é o simples fato de o fornecedor deter a patente de seu produto, mas o fato desse produto deter certas características peculiares, não encontradas nos produtos que lhe são concorrentes, e, ainda, que tais características sejam decisivas para contemplar o interesse público. (Superior Tribunal de Justiça – STJ – 2a Turma, RMS 37.688/MG – 26/06/2012).

Nesse prisma destacamos que o inciso II traz o caso de serviços técnicos que deve atender a três requisitos: serviços técnicos especializados, natureza singular e notória especialização. É vedada a aplicação do tratado inciso nos casos de serviços de publicidade e divulgação, pois existe lei própria para licitações de publicidade e divulgação. Serviços técnicos especializados eles são especificados nos incisos do art. 13 e com algumas condições a serem seguidas no próprio parágrafo desse artigo, que cabe aqui destacar, tem rol taxativo, e o art. 111.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras

ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. § 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. § 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei. § 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração. Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Aos requisitos presentes temos os com relação ao objeto que tem natureza singular, ou seja, é um serviço técnico único, não pode ser padronizável, não é um serviço comum rotineiro que possa ser prestado por qualquer empresa ou pessoa, “no caso da regra legal, a singularidade distinguiria um serviço de características individualizadas, distintas, com atributos incomuns, diferenciadores” (BITTENCOURT, 2020, p.373). Assenta Renato Geraldo Mendes que “serviço singular é aquele que, para ser produzido, exige que o prestador reúna muito mais do que apenas conhecimento técnico”.

Noutro requisito, agora com relação ao contratado, ele deve apresentar notória especialização como disposto no art. 25 §1, que se apresenta no caráter exemplificativo. Nessa situação é possível ao administrador público estabelecer novos fatores, ao caso específico, que possa validar da mesma maneira a notória especialização do contratado. Como traz o próprio texto legal o contratado tem titulação acadêmica, trabalhos anteriores, publicações, entre outros..., ou seja, destaca em relação aos demais de sua área. Na presente discussão o TCU dispõe a súmula 39:

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos como pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capazes exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nós temos do art. 25 inc. II da lei 8.666/93”.

Por esses meandros o inciso III traz o caso de contratação profissional de qualquer setor artístico, que pode se dar diretamente ou empresário exclusivo, com requisitos prévios de tal contratado seja consagrado pela opinião pública ou crítica especializada, não sendo necessária a ocorrência dos dois requisitos simultaneamente, apenas um deles basta, como dispõe Carvalho Filho “entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 285). Nessa seara o TCU dispõe o acórdão 642/2014:

Na contratação direta de artistas consagrados, com base no inciso 3 do artigo 25 da lei 8666 de 1993, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes a apresentação dos artistas e é restrita a localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade (Acórdão 642/2014 - TCU - 1º Câmara).

Com os tratados incisos anteriormente explanados, não devemos deixar de citar o credenciamento, pois há nossa percepção é descolonial, ou seja, buscamos novas perspectivas sobre o tema, ainda pouco conhecida. Entende-se que o credenciamento: é um contrato administrativo pelo qual a administração pública habilita qualquer interessado em realizar

determinada atividade, que cumprem os requisitos para poder prestar o serviço ofertado, sem a necessidade de se estabelecer uma competição entre os interessados, ou seja, permite a seleção de potenciais interessados para posterior contratação, quando houver interesse da administração pública na prestação de serviços pelo maior número possível de pessoas. Tal espécie de inexigibilidade não tem previsão no art. 25, tal denominação é uma criação doutrinária e aceita pelo TCU, como traz Bittencourt:

Destarte, se, fixando o valor que pretende pagar pelo objeto pretendido, a Administração convocar profissionais de determinado setor e se dispor a contratar os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, não haveria competição, dado que a todos assegurar-se-ia a contratação (BITTENCOURT, 2020, p.355).

O credenciamento não é uma modalidade de licitação, mas é um requisito prévio a contratação direta nessas hipóteses. É entendido como uma espécie de inexigibilidade de licitação, para fazer o credenciamento tem que ter um edital de chamamento público de todos os interessados que eventualmente podem prestar aquele serviço por aquele valor para administração pública. O TCU firma em relação ao credenciamento alguns requisitos que devem ser observados para hipóteses de inviabilidade de competição, disposto no acórdão 2504/2017:

“O credenciamento pode ser considerado como hipótese de invalidade de competição quando observados requisitos como; i) Contratação de todos os que estiverem interesse em que satisfaçam as condições fixadas pela administração, não

havendo relação de exclusão;
ii) Garantia de igualdade de condição entre todos os interessados hábeis a contratar com a administração, pelo preço por ela definido;
iii) Demonstração inequívoca de que as necessidades da administração somente poderão ser atendidas dessa forma.”

Nessa discussão temos o parágrafo 5º do artigo 7º da lei nº 8.666/1993:

Art. 7º, § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

Cabe destacar que é possível a indicação de marcas em licitação referente a compras, inclusive de software, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação, conforme Súmula nº.270 do TCU (Tribunal de Contas da União), é evidente que a indicação de marca não é regra e sim a exceção e deve ser utilizada em situação excepcional quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido. A indicação de marca no entendimento do TCU deve ter suas razões tecnicamente apresentadas, pois restringe a disputa de outras marcas.

Sendo a indicação de marca tema abordado também na mesma lei, em seu Art. 15, § 7º, I “a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca”. O TCU tem

firmado a jurisprudência de que: “A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público” (Acórdão 113/16 – Plenário). Ou que “A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório” (Acórdão 4476/16 – 2ª Câmara).

O Gestor tem que se atentar para obedecer ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que não haja restrição à competitividade ou direcionamento de licitação resultante de indevida preferência por marca específica de equipamento de informática, ou pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas desses equipamentos, em ambos os casos sem justificativa técnica, de acordo com o acórdão 481/2007 Plenário. Na mesma linha caminha a doutrina de Marçal Justen Filho:

(...) as avaliações da Administração têm de ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. A Lei volta a reprovar escolhas fundadas na pura e simples preferência por marcas. (...). Em suma, não há reprovação legal à utilização da marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas. A Administração deve avaliar o produto objetivamente. Poderá valer-se da marca como forma de identificação do objeto que escolheu, desde que tal escolha tenha sido baseada em características pertinentes ao

objeto. O que se reprova de modo absoluto é a contaminação da escolha do objeto pela influência publicitária que uma marca apresenta, especialmente agravada numa sociedade em que os processos de 'marketing' são extremamente eficientes. Em última análise, a Lei veda a escolha imotivada. Quando o critério de decisão é simplesmente a marca, existe decisão arbitrária' (JUSTEN FILHO, 2004. p. 273).

No caso em tela, não se trata de condenar a correta descrição ou mesmo a indicação da marca como referência de qualidade do material a ser adquirido. Questiona-se a impossibilidade de fornecimento de outra marca, pois, se subentende que marca similar com o mesmo padrão de qualidade não será aceito pela Administração, em desconformidade com art. 15, §7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. Portanto, apesar de ser aceitável a indicação da marca como referência de qualidade do material a ser adquirido, com a respectiva menção expressa a produtos compatíveis, não se admite a exigência de marca específica, conforme consta no termo de referência de acordo com o acórdão 2401/2006 Plenário. A adição dos termos ou similar, ou equivalente, ou de melhor qualidade a descrição dos itens no Termo de Referência e o devido aceite de produto similar e/ou de qualidade superior na entrega, sanaria a impropriedade verificada.

Acórdão TCU-Plenário 2.300/2007: Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões "ou equivalente", "ou similar" e "ou de melhor qualidade", devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

As contratações públicas devem obrigatoriamente serem licitadas, no entanto por muitas vezes os gestores cometem erros em relação a tal contratação, para a produção deste artigo foram verificados acórdãos do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul e a seguir apresentaremos as irregularidades apontadas nos acórdãos: "(...) ausência de estudo técnico preliminar e planejamento quantitativo; ausência de memória de cálculo indicando o quantitativo necessário de combustível, ausência de demonstrativo de controle de abastecimento (...)" (Acórdão – AC02-522/2020).

Tanto nos casos de dispensa, quanto de inexigibilidade, faz-se necessária a instauração de processo administrativo. Destacamos que é uma exigência dos arts. 26 e 38 da Lei 8.666/93 (por analogia). Todo procedimento licitatório deve ser precedido da elaboração de projeto básico ou termo de referência, sendo designado como o projeto básico o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar obra ou serviço ou complexo de obras ou serviços. Nos julgados do TCU, assim como dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, é reiterada a assertiva de que a ausência ou a deficiência de projeto básico é a causa mais comum nos atrasos e cancelamentos das licitações, aditamentos contratuais, sobre preços, jogo de planilhas e superfaturamentos, que acarretam prejuízos ao Erário.

Acórdão – AC02-1143/2018: (...) o serviço contratado é considerado como de caráter continuado e por isso não se enquadra como de natureza singular, conforme regra

prevista no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993. (...) conclui pela irregularidade e ilegalidade dos atos ora analisados, nos seguintes termos - (fls. 298), in verbis: “constata-se que o profissional contratado possui apenas a titulação exigida para o desempenho do trabalho de médico especialista em perícia e auditoria, não se comprovando a superioridade em relação a um profissional especializado comum, bem como não se configurou a notoriedade do profissional” (...).

Muito comum também o direcionamento de contratações por inexigibilidade, o estabelecimento de condições à participação no procedimento licitatório deve ser condizente com a natureza, assim como da proporção do seu objeto, sem a inclusão de elementos que busquem restringir a participação de potenciais licitantes e identifiquem um direcionamento da contratação, com o favorecimento específico de determinada empresa.

A título de ilustração trouxemos dois exemplos reais de licitação por inexigibilidade:

ÓRGÃO SUPERIOR:	MINISTERIO DA SAUDE	MINISTERIO DA SAUDE
UNIDADE GESTORA RESPONSÁVEL:	INSTITUTO NACIONAL DO CANCER – RJ	MS- INSTITUTO FERNANDES FIGUEIRA/FI OCRUZ/RJ,
NÚMERO DA LICITAÇÃO:	00016/2021	00016/2021

MODALIDADE:	INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
SITUAÇÃO:	ENCERRADO	PUBLICADO
PROCESSO:	2541000420 7202195	25384000201 20211
VALOR DA LICITAÇÃO:	R\$ 22.750,00	R\$ 1.730,13
OBJETO:	PEÇA(S) DE MANUTENÇÃO POR DEMANDA REF. AO CONTRATO 71/2020 - MICROCÂMERA (CCD/CMOS) - STD PARA VIDEOGASTROSCÓPIO, MARCA FUJINON, MODELO EG-250WR5.	AQUISIÇÃO DE FRASCO DE ÁGUA LAVÁVEL PARA EVIS EXERA E EVIS 1 ES-40.

Conclusão

“Todo cidadão tem direito ao governo honesto” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes).

Com base no que foi apresentado sobre as licitações por inexigibilidade, desde seu conceito, características, tipos foi demonstrado que deve obedecer rigorosamente ao que está disposto na lei, pois ela traça toda a trajetória que deve ser percorrida, e também até aquela que não deve ser percorrida pelo gestor público. Tornando assim o assunto conhecido por nos buscadores do conhecimento e aqueles que leram tal artigo. Nossa discussão traz uma perspectiva descolonial, pois não nos prendemos a decisões estagnadas, ou seja, buscamos novas leituras para o direito como acadêmicos da Faculdade Insted.

Logo, pensar descolonialmente nos permitiu vislumbrar essa problemática do espaço de onde pensamos e estamos inseridos, não apenas trazendo uma discussão sobre a referida temática, mas pensando com e a partir dela, ainda mais no momento atual em que diariamente ouvimos nos noticiários as ações orçamentárias dos gestores públicos sendo aplicada de forma duvidosa onde vemos que quando são contestadas não são apresentados argumentos ou projetos consolidados de forma clara deixando muitas dúvidas sobre a aplicação e controle do dinheiro público.

É imprescindível que o conhecimento claro e transparente de tais ações para o posicionarmos do povo na ciência de decisões que envolvem os cofres públicos, como alguém que sabe do assunto, contra ou a favor de tais medidas, com justificativas embasadas cientificamente para tais respostas,

buscando quando necessário ao poder punitivo estatal para investigar a arbitrariedade. Desta forma chegamos no entendimento que todas as licitações e projetos financeiros são de todo o direito serem apresentados ao público alvo o povo, que é o provedor de todo esse capital orçamentário e cabe aos responsáveis devidamente eleitos atribuir e aplicar em prol de todos.

Referências

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando Sem Licitação**. 2ª ed. Grupo Almedina - Portugal, 2020.

BRASIL. **Normas para licitações e contratos da Administração Pública**. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2020.

CRETELLA, Júnior, José. **Curso de Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FARIA, Fernanda Cury de; RIBEIRO, Marcia Weber Lotto. **Aspectos gerais da inexigibilidade e da dispensa de licitação na lei federal nº 8.666/93**. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo-aspectosgeraisdainexigibilidadeedadi>>

spensadelicitacaonaleifederalno8.pdf
>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

GOMES, David F.L.; CARVALHO, Rayann K. Massahud de. **Poderá o direito ser decolonial?**. 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaaceaju/article/view/43745/33029>>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10 ed., São Paulo: Dialética, 2004.

LIBRAÇÃO, ▯ Elisângela da. **Inexigibilidade de licitação**. 2014. Disponível em: <http://capa.tre-rs.jus.br/arquivos/LIBRACAO_Inexigibilidade_licitacao.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIGNOLO, Walter. **Desafios decoloniais hoje**. 2017. Disponível em: <<https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/772/645>>. Acesso em: 13 março de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NOLASCO, Edgar César. **Descolonizando a pesquisa acadêmica: uma teorização sem disciplinas**. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/7725>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**, 22 ed, Ed Atlas, São Paulo, 2009

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Os Princípios mais Relevantes do Direito Administrativo**. 2008. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_130.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

UNIÃO. **Detalhamento das Licitações**. 2021. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes/consulta?ordenarPor=dataResultadoCompra&direcao=desc>>. Acesso em: 12 de maio de 2021.