



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RORAIMA
"Amazônia: Patrimônio dos brasileiros"
CONSULTORIA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Parecer 135/2024/CONJUR/DPG

Processo nº 001703/2024

EMENTA: Inexigibilidade. Contratação direta de fornecimento de água tratada e de coleta de esgoto sanitário. Art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021. Possibilidade jurídica. Atendidas as recomendações.

I- Relatório

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica o presente processo administrativo, o qual tem por finalidade a contratação de concessionária exclusiva, especializada na prestação de serviços/fornecimento de água tratada e de coleta de esgoto sanitário, para atender as unidades da Defensoria Pública do Estado Roraima, nas sedes da capital e no interior do Estado.

Instruem os autos os seguintes documentos, os quais são relevantes para a análise jurídica:

Estudo Técnico Preliminar (Evento Sei nº 0570599);
Formalização de demanda (Evento Sei nº 0570618);
Autorização da autoridade competente (Evento Sei nº 0570770);
Classificação orçamentária (Evento Sei nº 0570859);
Termo de Referência (Evento Sei nº 0573791);
Minuta de contrato (Evento Sei nº 0574168); Pedido de empenho (Evento Sei nº 0574168);
Portaria do Agente de Contratação e equipe de apoio (Evento Sei nº 0574168);
Documentação de exclusividade, nos termos do art. 74, §1º, da Lei nº 14.133/2021 (0572117);
Justificativa da razão da escolha do contratado e justificativa de preço (0574958);

II- Desenvolvimento

Finalidade e abrangência do parecer jurídico

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistência quanto ao controle prévio de legalidade.

De acordo com a nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, de 2021, ao final da fase preparatória, o processo seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, o qual realizará o controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica da contratação, nos termos do art. 53, §1º, inciso I e II:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

(...)

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atos de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Observa-se do dispositivo legal supra que o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, presumindo-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

Da Contratação direta

É sabido que, em regra, toda contratação pública deve ser precedida de processo licitatório. Essa exigência deriva de diversos princípios constitucionais que informam a atuação da Administração Pública, dentre os quais destacam-se os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

A obrigatoriedade de realização de licitação, contudo, não é uma finalidade em si mesma, por isso, o próprio art. 37, XXI, da Constituição Federal, admite que a legislação estabeleça exceções à regra. É dizer, o constituinte originário, ciente de que em alguns casos a obrigatoriedade de licitação poderia sacrificar outros valores de igual ou maior importância, autorizou o legislador ordinário a criar exceções à obrigatoriedade de licitação.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu, em seus arts. 72 a 75, as hipóteses de exceção à realização prévia de processo licitatório para a contratação pelo poder público, quais sejam: a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação. Os institutos aparecem, respectivamente, nos arts. 74 e 75 da referida Lei.

O art. 74, inciso I, da Lei 14.133, de 2021, corresponde à hipótese de exclusividade na contratação de serviços em virtude da figura do fornecedor exclusivo, restando, assim, inviável a competição, que é pressuposto lógico do procedimento licitatório.

Nesse sentido, o presente parecer poderá servir ao gestor caso esteja diante de situação que autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação, pela existência de apenas um fornecedor habilitado na prestação do serviço.

Da exclusividade da prestação do serviço

No presente caso, é de se registrar que o abastecimento de água e o esgotamento sanitário são, via de regra, serviços públicos regularmente outorgados às concessionárias pela legislação regente.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a possibilidade de contratação de serviços exclusivos por inexigibilidade, senão vejamos:

"Contratação Pública – Inexigibilidade – Serviços Exclusivos – Possibilidade – Fundamentação legal – TCU

A contratação de serviços exclusivos por inexigibilidade de licitação não pode ser fundamentada no art. 25, I da Lei nº 8.666/93, visto que esse dispositivo alude às hipóteses de compras abertas, conforme decisão do TCU. (TCU, Decisão nº 397/1996, Plenário, Rel. Min. Homero dos Santos, DOU de 23.07.1996)

Analizando posteriormente a mesma situação, a Corte de Contas anuiu às razões do recorrente, de forma a entender pela possibilidade da contratação de serviços exclusivos por inexigibilidade com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, desde que comprovada a inviabilidade de competição. (TCU, Decisão nº 63/1998, Plenário, Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, DOU de 17.03.1998)"

Embora o precedente faça menção ao art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93, o regime jurídico acerca da matéria na Lei nº 14.133/21 se manteve inalterado, diante da reprodução daquele dispositivo legal no novel art. 74.

Nesse sentido, se a concessionária de serviços públicos detém a exclusividade no abastecimento de água e na coleta de esgotos na localidade, é de se concluir que caracterizada está a inexigibilidade da licitação quanto a estes serviços, por absoluta inviabilidade de competição.

Verifica-se nos autos a comprovação de monopólio dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Estado de Roraima, razão pela qual entende-se cabível a contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, I, da Lei nº 14.133/21.

Da Instrução Processual

Quanto à instrução do processo de contratação direta, prevê a lei de Licitações:

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. 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 comercial exclusivos;

(...)

§ 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.
(...)

Ainda, foi publicada a Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024, a qual dispõe sobre a regulamentação da Lei nº 14.133/2021, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de Roraima. Sobre o processo de contratação direta, dispõe a mesma:

*Art. 148. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexistência e de dispensa de licitação, além dos documentos previstos no art. 72 da Lei Federal nº 14.133/2021, deverá ser instruído com as seguintes elementos:
I- indicação do dispositivo legal aplicável;
II- autorização do ordenador de despesa;
III- consulta prévia da relação das empresas suspensas ou impedidas de licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado;
IV- no que couber, declarações exigidas na Lei Federal nº 14.133, de 2021, neste Regulamento ou em regulamentos Específicos;*

Passa-se a expor, de forma pormenorizada, cada um dos requisitos, tendo em vista as peculiaridades da contratação de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

Documento de Formalização da Demanda

O Documento de Formalização da Demanda consiste em documento obrigatório, que deverá constar em qualquer processo de contratação, nos termos do art. 12, VII, e do art. 72, I, da Lei nº 14.133, de 2021.

Estudo Técnico Preliminar e Análise de Riscos

De acordo com o art. 6º, inciso XXIII, alínea 'b', da Lei nº 14.133, de 2021, a fundamentação da contratação é realizada mediante "referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas".

O ETP se encontra regulamentado no âmbito da Defensoria Pública do Estado de Roraima na Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024, servindo para análise da viabilidade da contratação e para o levantamento dos elementos essenciais que servirão para compor o termo de referência ou projeto básico.

Nesse sentido, determina o art. 163, da mencionada Resolução:

*Art. 163. O ETP deverá conter os seguintes elementos:
I- descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
II- descrição dos requisitos da contratação necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade, observadas as leis ou regulamentações específicas, bem como padrões mínimos de qualidade e desempenho;
III- levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar, podendo, entre outras opções:
- ser consideradas contratações similares feitas por departamentos e setores da Defensoria Pública, bem como por organizações privadas, no contexto nacional ou internacional, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Defensoria Pública;
b) ser realizada audiência e/ou consulta pública, preferencialmente na forma eletrônica, para coleta de contribuições;
c) em caso de possibilidade de compra, locação de bens ou do acesso a bens, ser avaliados os custos e os benefícios de cada opção para escolha da alternativa mais vantajosa, prospectando-se arranjos inovadores em sede de economia circular; e
d) ser consideradas outras opções logísticas menos onerosas à Defensoria Pública, tais como chamamentos públicos de doação e permutas.
IV- descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;
V- estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
VI- estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Defensoria Pública optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
VII- justificativas para o parcelamento ou não da solução;
VIII- contratações correlatas e/ou interdependentes;
IX- demonstrativo da previsão da contratação no Plano de Contratações Anual, de modo a indicar o seu alinhamento com os instrumentos de planejamento do órgão ou entidade;
X- demonstrativo dos resultados pretendidos, em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;
XI- providências a serem adotadas pela Defensoria Pública previamente à celebração do contrato, tais como adaptações no ambiente do órgão ou da entidade, necessidade de obtenção de licenças, outorgas ou autorizações, capacitação de servidores para fiscalização e gestão contratual;
XII- descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e rejeitos, quando aplicável;
XIII- posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.
§ 1º O ETP deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, V, VI, VII e XIII do caput deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos, apresentar as devidas justificativas.
(...)*

Da análise dos autos, verifica-se que o ETP contemplou os elementos necessários previstos no art. 163 da Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024.

No entanto, solicita-se observar o tópico III, quanto ao Decreto nº 11.462/2023, o qual não se aplica à presente contratação.

A análise de riscos consiste na identificação dos riscos que possam comprometer o atendimento do interesse público, por meio da contratação pretendida, e na definição de métodos para seu tratamento. Cabe ressaltar que a análise de riscos não se confunde com a matriz de alocação de riscos, já que aquela é ato interno de planejamento da contratação, enquanto esta é cláusula contratual de pactuação de riscos com o contratado.

Sobre o gerenciamento de riscos, a Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024 o regulamentou em seu artigo 260, onde consta que o mesmo materializa-se no documento mapa de Riscos, o qual deverá ser juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos, ao final da elaboração do estudo técnico preliminar e antes da pesquisa de preços de que trata o art. 23 da Lei Federal nº 14.133, de 2021 e após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

Verifica-se ausente a análise de riscos ou a justificativa da prescindibilidade da análise de riscos para a presente contratação.

Termo de Referência

O termo de referência designa o documento jurídico administrativo previsto no art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021, que contém as informações necessárias, fornecidas pela Administração Pública, para delimitar o objeto contratado.

O Termo de Referência, na hipótese concreta, deverá delimitar o objeto da contratação, dispor, concisamente, sobre justificativa de sua necessidade, seu objetivo e o local em que deverá ser fornecido o serviço. Deve haver informação acerca da disponibilidade orçamentária e financeira do órgão ou entidade contratante e, por fim, deve ser justificada a estimativa de consumo e o respectivo custo mensal e total da contratação.

A respeito do Termo de Referência, a Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024, regulamentou o mesmo em seus artigos 174 a 181, dentre os quais citamos os requisitos previstos no art. 178.

Da leitura do Termo de Referência, solicita-se observar o item 4.1, quanto ao Decreto nº 11.462/2023, o qual não se aplica à presente contratação.

Por fim, o Termo de Referência será aprovado pelo titular da área técnica onde foi elaborado ou, quando houver, pela Equipe de Planejamento da Contratação composta por membros da área técnica demandante da contratação, do setor de licitações e do Departamento de Planejamento Orçamento e Finanças, nos termos do art. 177 da referida resolução. Verifica-se a aprovação do TR nos termos legais.

O embasamento da estimativa de consumo, custo mensal e total da contratação, poderá se dar através de faturas de consumo de água e coleta de esgoto do exercício anterior. Na hipótese de haver estimativa de aumento de consumo, deverá a autoridade justificá-lo.

Da Estimativa de despesa e Justificativa do preço

O inciso II, do art. 72, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece a necessidade da estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma prevista no art. 23 da mesma Lei. Assim, a estimativa de preços deve ser precedida de regular pesquisa, nos moldes do art. 23 da Lei nº 14.133, de 2021, e da Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024.

O §4º do art. 23 previu as hipóteses de contratação direta, quando não for possível estimar a despesa, in verbis:

*"contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo".
Grifamos*

A Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024 regulamentou a pesquisa de preços nos artigos 48 a 61 e 159. Dispõe o artigo 59 da referida Resolução:

Art.59. Nos casos de inexistência a justificativa de preços se dará mediante comprovação dos preços praticados pelo contratado em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, contratos, empenhos, extratos contratuais e documentos equivalentes, ou por outro meio idôneo devidamente justificado.

*Parágrafo único Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata este artigo poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo constar no processo demonstração de que as especificações técnicas apresentam similaridade com o objeto pretendido.
Grifamos*

O art. 72, VII, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que seja justificado o preço da contratação. Desta forma, nos termos da Lei e da Resolução que a regulamenta, permite-se que no processo de inexistência, em face de impossibilidade de estimar valores, a possibilidade da adoção de outra forma idônea de estimativa de preços.

Os preços dos serviços prestados pelas concessionárias de água e esgoto são definidos em conformidade com normatização própria e aplicados de maneira uniforme a todos os usuários do serviço.

Deveras, as concessionárias praticam preços constantes em tabelas tarifárias específicas, cujos valores são regidos por parâmetros já previamente definidos pelo poder concedente no contrato de concessão.

Ademais, tratando-se de serviços executados em regime de exclusividade, não há sequer que se falar em pesquisa de preços perante outros fornecedores/prestadores.

Nesse contexto é que se deve ter em vista o elemento "justificativa do preço" (art. 72, inciso VII, da nova Lei de Licitações).

Acerca do tema, impende trazer à colação a Orientação Normativa AGU n. 17/2009:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 17/2009
É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

Assim, como forma de demonstrar que os valores cobrados pela futura contratada são compatíveis com aqueles cobrados dos consumidores do mesmo padrão, cabe à Administração verificar o correto enquadramento da unidade consumidora e a adequação dos preços praticados à estrutura tarifária autorizada para a prestadora de serviços.

A Lei nº 14.133, de 2021, caminha no mesmo sentido, em seu art. 23, §4º supracitado. Portanto, recomenda-se, a título de justificativa do preço, que a Administração verifique se os valores cobrados pela futura contratada guardam compatibilidade com a política tarifária praticada pela mesma em relação aos usuários em geral.

Justificativa da escolha do fornecedor

O art. 72, VI, da Lei nº 14.133, de 2021, determina que seja justificada a escolha do fornecedor, o que equivale, no caso da contratação direta de água tratada e de coleta de esgoto sanitário por inexigibilidade de licitação, a demonstrar que se pretende contratar a única concessionária habilitada a fornecer os serviços no Estado do órgão ou entidade pública contratante.

Verifica-se nos autos a Declaração de monopólio da prestação dos serviços de água tratada e de coleta de esgoto sanitário e a correspondente justificativa.

Declaração Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal

A necessidade de declaração da existência de recursos orçamentários está disposta no inciso IV do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021. Assim, a declaração de disponibilidade orçamentária, com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa, é uma exigência legal, que consta do Novo Marco Legal de Licitações e Contratos e também decorre de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa. Outrossim, importante atentar para o que dispõe o art. 150 da mesma Lei:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Imprescindível, outrossim, as declarações de reserva de recursos suficientes para atendimento da despesa e de compatibilidade com as leis orçamentárias, nos termos do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000.

Verifica-se nos autos recursos orçamentários parciais para cobrir a referida despesa, cabendo ao setor responsável manifestação.

Requisitos de Habilitação e Inocorrência de Ôbices

O inciso V, do art. 72, da Nova Lei de Licitações, determina que se comprove que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínimas necessárias. Neste sentido, o §4º do art. 91 da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que é necessário que sejam atendidos os seguintes requisitos:

Art. 91 (...)

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

No que tange à regularidade fiscal, social e trabalhista, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssonas no sentido de que, mesmo nos casos de contratação direta, devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, o INSS e o FGTS. Além disso, com o advento da Lei nº 12.440, de 2011, sobreveio também a necessidade de comprovação de regularidade trabalhista, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, sem prejuízo de outras consultas julgadas relevantes:

a) SICAF;

b) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-

Geral da União (www.portaldatransparencia.gov.br/ceis);

c) Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) (art. 91, §4º, da Lei 14133, de 2021).

Na hipótese de irregularidade ou insuficiência de alguma das certidões, traz-se à colação o entendimento cristalizado na ON/AGU nº 09/2009:

Comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e, concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora.

O entendimento da referida ON se aplica à Lei nova, eis que não se refere especificamente ao regramento da Lei nº 8.666, de 1993, mas sim aos aspectos lógico-jurídicos das contratações públicas como um todo. No mesmo sentido, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União:

9.2.1. as empresas prestadoras de serviços públicos essenciais sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respetivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas, conforme prolatado na Decisão n. 431/1997 e no Acórdão n. 1.105/2006, ambos do Plenário desta Corte. (Acórdão TCU nº 1402/2008 – Plenário)

Portanto, em sendo constatada irregularidade ou insuficiência em qualquer das certidões, tratando-se de serviço público exercido em regime de monopólio pela concessionária, devidamente demonstrado nos autos, poderá o gestor celebrar o contrato, desde que "seja previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante" e "a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora".

Sobre os demais requisitos de habilitação, calha indicar que, diante do serviço prestado (fornecimento de água e esgoto), que comumente é prestado em regime de exclusividade por um único fornecedor, não se mostra recomendável exigir requisitos além dos essencialmente fundamentais, sendo suficiente somente a documentação relacionada à habilitação jurídica (art. 66 da Lei nº 14.133, de 2021) e a já mencionada habilitação fiscal, social e trabalhista (art. 68 da Lei nº 14.133, de 2021).

Nesse sentido, cabe à Administração a devida conferência das condições de habilitação da contratada, zelando pela efetiva validade das mesmas, em cumprimento às exigências legais supraditas.

Autorização da Autoridade competente para a Contratação Direta

O inciso VIII do art. 72 da nova Lei de Licitações exige que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta. Essa exigência substitui a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação (art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993). Trata-se de uma mudança positiva, já que ambos os atos acabavam sendo realizados quase que simultaneamente, não havendo um verdadeiro aumento no controle da contratação direta por meio da prática de dois atos distintos.

Logo, deve ser acostada aos autos a autorização para a contratação por inexigibilidade emitida pela autoridade competente.

Publicidade da inexigibilidade e da contratação

Nos termos do parágrafo único do art. 72, da Lei nº 14.133, de 2021, 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.

Outrossim, o art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021 dispõe:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

(Grifei)

A Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024 dispõe:

Art. 153. No caso de contratação direta, a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e no Diário Oficial, deverá ocorrer como condição indispensável para a eficácia do ato. (...)

Em atenção aos dispositivos em destaque, é necessário que o ato que autoriza a contratação direta ou extrato decorrente do contrato seja divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial do órgão, bem como ocorra divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para a eficácia do contrato, no prazo de 10 (dez) dias úteis da sua assinatura (arts. 72, §único e 94, ambos da Lei nº 14.133, de 2021), assim como no Diário Oficial.

Designação de agentes públicos

O art. 7º da Lei nº 14.133, de 2021, trata da designação dos agentes públicos para desempenho das funções essenciais à execução da lei, conforme se extrai das normas abaixo transcritas:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no caput e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

As regras do art. 9º da Lei nº 14.133, de 2021, também apresentam algumas limitações a serem observadas no caso concreto:

Art. 9º

(...)

§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.

§ 2º As vedações de que trata este artigo estendem-se a terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.

Verifica-se nos autos ato de designação dos agentes para a prática dos atos envolvidos na contratação, conforme Portaria em evento Sei 0581697.

Instrumento Contratual

A necessidade de instrumento contratual está determinada na Lei nº 14.133, de 2021, a qual dispõe:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Vide Decreto nº 11.317, de 2022) Vigência

Estando a Administração na qualidade de usuária de serviço público, a concessionária realiza a prestação do serviço sob condições postas em contrato padronizado, de modo que, inevitavelmente, a relação a ser estabelecida terá instrumento contratual, o qual deverá, portanto, constar dos autos.

Tratando-se, como dito, de contrato padrão, convém colacionar o entendimento da Advocacia-Geral da União sobre contratos dessa natureza, exposto no Parecer nº 33/2012/DECOR/CGU/AGU:

11. Por oportuno, também vale destacar alguns trechos do Parecer nº78/2011/PECQR/CGU/AGU, de 19/04/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União em 21/10/2011, que seguiu as diretrizes firmadas no Parecer nº GQ-170:

PODER PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE REAJUSTE DOS CONTRATOS. MULTA MORATÓRIA. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS POR FALTA DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO SOMENTE QUANTO AOS NÃO ESSENCIAIS.

I - Ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2º da Lei nº 8.078/90, e possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público.

II - Os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes.

III - A Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170).

IV - No caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

VII - Conclusão

38. Diante do exposto, lastreado nos termos do Parecer GQ-170, bem como no preceito insculpido no art. 62, § 3º, II, da Lei nº 8.666/93, entende-se que:

a) ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2º da Lei nº 8.078/90, e possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público;

b) os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes;

c) a Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170); e

d) no caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

33. Ante o exposto, entende-se que:

a) o fato de os contratos de fornecimento de energia elétrica ostentarem a natureza de contratos de adesão, os incisos V, XIV e XIX do art. 3º da Lei nº 9.427/96, bem como o teor do Parecer nº GQ-170 recomendam a interpretação do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 no sentido de que as unidades consultivas da Advocacia-Geral da União devem analisar as minutas de tais pactos, mas sem o poder de aprova-las;

b) a extensão do art. 96, III, da Lei nº 9.472/97, que impõe a concessionária a necessidade de submeter a minuta de contrato-padrão a ANATEL para aprovação, também aos serviços de energia elétrica e medida eficiente, devendo, por isso, ser estimulada;

c) a análise jurídica a ser empreendida pelas unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União é imprescindível para verificação da compatibilidade entre a minuta de contrato e o ordenamento jurídico pátrio;

d) ao identificar impropriedade, a Consultoria Jurídica da União deverá recomendar que o órgão assessorado provoque o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 9.427/96, a fim de que a mencionada agência reguladora, após ouvir a Procuradoria Federal, resolva a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor; e

e) discordando do posicionamento oficial da ANEEL e apontando fundamentadamente hipótese que atraia a competência da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica da União poderá submeter a controvérsia jurídica à Consultoria-Geral da União.

Conforme se pode verificar através do Novo Marco Legal de Licitações e Contratos, é plenamente possível que contratos administrativos (ou mesmo os contratos da Administração) atendam às regras e princípios próprios da Lei nº 14.133, de 2021, sem prejuízo de, diante do contexto fático-jurídico do caso concreto, se submeterem igualmente ao regramento próprio do mercado, tendo também a complementação de princípios da teoria geral dos contratos e de regras do direito privado. É o caso, por exemplo, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 1990) a certos contratos firmados pelo Poder Público.

A questão ora versada pode ser apurada através do atual art. 89 da nova Lei de Licitações, que prescreve que "os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

Tendo em vista a essencialidade do serviço de fornecimento de água e esgoto, pode a Administração celebrar o contrato de adesão, observados os requisitos e as cláusulas essenciais, uma vez que a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo depois de celebrada a avença.

Ademais, amolda-se ao conceito de contrato de adesão adotado pelo art. 54 do Código de Defesa do Consumidor, cujas cláusulas são padronizadas pelo prestador do serviço essencial em questão, de modo que, havendo cláusulas ou práticas abusivas, poderá a Administração se valer, inclusive, da proteção garantida pelo art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Do Contrato por prazo indeterminado

De acordo com o que dispõe o art. 109 da Lei nº 14.133, de 2021, *in verbis*:

Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

Há casos de contratos celebrados pela Administração que não se sujeitam a regras de livre concorrência, como é o caso de serviços públicos prestados em regime de monopólio.

Nesses casos, os valores cobrados são previamente determinados, de maneira objetiva e unilateral pelo titular do serviço, não havendo, pois, variações possíveis no mercado.

Assim, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários, a Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de fornecimento de água e coleta de esgoto sanitário.

Destarte, o contrato de fornecimento de água e coleta de esgoto sanitário poderá ser celebrado por prazo de vigência indeterminado. Para tanto, a Administração deverá colacionar aos autos justificativa expressa e motivada acerca da escolha da contratação com tal prazo alongado, tudo nos termos da Lei.

III – Conclusão

Pelo exposto, em sendo o caso de contratação de fornecimento de água tratada e de coleta de esgoto sanitário, da única concessionária autorizada a prestar tal serviço no âmbito do Estado de Roraima, reputar-se-á legal a contratação, atendidas as recomendações, em conformidade com as disposições da Lei nº 14.133/2021, em epígrafe.

Ressalta-se, por pertinente, que uma vez satisfeitas as exigências legais, não carecem os autos de posterior retorno a este órgão de Consultoria Jurídica para ratificação final, conforme art.189, §3º da Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024, devendo os autos retornar a origem para os fins de providências.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Encaminho os autos ao Controle Interno para emissão de parecer. Após, solicita-se o encaminhamento dos autos à Autoridade Superior desta Instituição, para apreciação.

Em 12 de junho de 2024.



Documento assinado eletronicamente por **ADRIANA PATRÍCIA FARIAS DE LIMA, Consultora Jurídica I**, em 17/06/2024, às 12:02, conforme horário oficial de Boa Vista/RR, com fundamento no art. 6º, § 1º do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#), e Portarias DPG nº [877, de 1º de setembro de 2017](#) e nº [1251, de 15 de dezembro de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sei.rr.def.br/autenticidade>, informando o código verificador **0582038** e o código CRC **720297DC**.