



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica Fis 035

PARECER PROCESSO Nº 007/2024

I - EMENTA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. CONTRATAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. ARTIGO 74, I, DA LEI Nº 14.133/2021. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI Nº 14.133, DE 2021, REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO COM RESSALVAS. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO.

II - RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo, para análise da regularidade jurídica da contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74, I, da Lei nº 14.133, de 1.º de abril de 2021, do serviço de *abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário*, contrato com o qual, o ano de 2023 se gastou R\$ 30.593,41 (trinta mil, quinhentos e noventa e três reais e quarenta e um centavos).

Os presentes autos encontram-se instruídos, dentre outros, com os seguintes documentos, pertinentes à presente análise:

- DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA
- ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES
- TERMO DE REFERÊNCIA
- PLANILHA DE GASTOS COM O PAGAMENTO DA COCESSIONÁRIA EM 2023
- AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA
- DECLARAÇÃO DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA
- CÓPIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DEMONSTRA A EXCLUSIVIDADE

Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

UD



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica [assinatura] Fis. 036

É o relatório.

III - DA FUNDAMENTAÇÃO

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme art. 53, 4º, da Lei nº 14.133, de 2021.

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;

III - (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§ 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 atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

[Assinatura]



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica *[assinatura]* Fis 037

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

§ 6º (VETADO).

Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva.

Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, deve justificar nos autos as razões que embasaram tal postura, nos termos do art. 50, VII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles que abrangem conveniência e oportunidade para a celebração do ato, bem como os elementos de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações, uma vez que as questões técnicas fogem das atribuições deste órgão de consultoria, sendo afetos aos setores competentes da Administração.

Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC/AGU nº 7, que assim dispõe:

"A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento". (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica _____ Fis. 038

Feitas as ressalvas, passa-se à análise estritamente jurídica do presente processo.

IV - DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

O artigo 72 da Lei nº 14.133, de 2021, elenca providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento do processo de contratação direta, conforme abaixo transcrito:

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.

Assim, para viabilizar a contratação direta, a Administração deverá elaborar parecer técnico (artigo 72, III, da Lei nº 14.133, de 2021) que comprove o atendimento dos requisitos exigidos, acompanhado da documentação comprobatória.

Dito isso, passamos a análise dos documentos juntados aos autos, quanto ao preenchimento das exigências legais.



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 087/2024
Rubrica *[assinatura]* Fis 039

V - DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Documentos necessários ao planejamento da contratação

De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

- a) documento para formalização da demanda;
- b) estudo técnico preliminar;
- c) mapa de risco;
- d) termo de referência.

Dito isso, percebe-se que os documentos foram juntados aos autos, conforme se extrai dos documentos, ressalva se faz ao Mapa de Risco, vez que temos nos autos o Gerenciamento de riscos.

VI - DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Em princípio, todas as obras, serviços, compras e alienações promovidas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (CF art. 37, XXI).

Entretanto, casos há em que a competição se torna inviável ou impossível. A licitação será, pois, inexigível, já que ausente uma de suas razões de existir: a pluralidade de ofertas a promover uma disputa entre particulares.

Diferentemente da dispensa de licitação, onde a competição é possível, mas a realização do certame não é obrigatória por força de lei; na inexigibilidade, o ente público não tem opção, não há discricionariedade a observar.

O que vale é a impossibilidade de obter propostas equivalentes, ou melhor, de ter o produto ou serviço necessário prestado satisfatoriamente por mais de um indivíduo. Em última análise, a inexigibilidade é condição que se impõe à Administração, como única forma de atendimento ao interesse público.

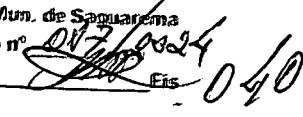
A contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma exceção à regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal, e está prevista no art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021:

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

[assinatura]



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 017/2024
Rubrica  040

1 - 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.

A situação de inexigibilidade eventualmente existente deve ser justificada obrigatoriamente, devendo o processo ser instruído com a caracterização da situação de inexigibilidade, razão da escolha do fornecedor (ou executante) e justificativa do preço, tudo conforme parágrafo único do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021.

Nesse prisma, é cabível a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que o setor competente elabore parecer técnico (artigo 72, III, da Lei n.º 14.133, de 2021) e demonstre documentalmente nos autos, a existência dos seguintes requisitos, cumulativamente:

a) a inviabilidade de competição, deve a Administração demonstrar as reais necessidades e a essencialidade que justifiquem a especificidade do objeto, o qual deve apresentar características especiais e ímpares, ou seja, só haver uma solução que atenda à necessidade da Administração;

b) a existência de apenas um único fornecedor com capacidade e qualificações para ser contratado.

A seguir, passaremos à análise quanto ao cumprimento dos requisitos acima indicados.

VI.1 - Inviabilidade de competição e exclusividade no fornecimento

Em relação à inviabilidade de competição, deve a Administração instruir o processo com comprovação acerca da exclusividade da prestação do serviço





PODER LEGISLATIVO

CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.

Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 002/2024
Rubrica Fis 041

de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário pela empresa Concessionária que será contratada, o que pode ser feito pelas seguintes formas:

- **Declaração da empresa sobre a exclusividade;**
- **Cópia da lei estadual/municipal que determina a criação do serviço e sua abrangência;**
- **Cópia do contrato de concessão em que especificada a abrangência da atuação da empresa contratada.**

Tal requisito se confunde com o próprio motivo da contratação direta (exclusividade na prestação do serviço público) e se encontra demonstrado no processo, conforme documento em anexo, contrato subscrito entre o Município de Saquarema, a AGENERSA e a Concessionaria Exclusiva dos Serviços, a Aguas de Juturnaíba.

VII - DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

De início, alertamos que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 72, V, c/c art. 91, § 4º, art. 92, XVI, e art. 161 da Lei nº 14.133, de 2021).

Compete ao gestor verificar a situação da futura contratada junto aos seguintes cadastros/sistemas:

- **Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF;**
- **Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN;**
- **Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União;**
- **Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ;**
- **Lista de Inidôneos, mantida pelo Tribunal de Contas da União – TCU;**



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica _____ Fis. 042

- Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – CNDT.

Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal (*“... proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”*).

Atente-se que o cadastro do CADIN é meramente informativo, de modo que a existência de pendências não impede a contratação (art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 2002).

Verifica-se que não foram juntados os documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da futura contratada, bem como a inexistência de óbices para a sua contratação, tampouco documentos que comprovem a ausência de impedimento para contratar com o Poder Público, desta maneira, recomenda-se a regularização para a contratação pretendida.

Convém observar que, em caso de ocorrência de alguma irregularidade, ainda assim, será possível a contratação da empresa concessionária, desde que :

I - Seja previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante;

II - Que a referida autoridade comunique ao agente arrecadador e à agência reguladora a situação de irregularidade da contratada, tudo conforme previsto na Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2011, cujos termos se revelam compatíveis com o novo regime instituído pela Lei nº 14.133/2021:

Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2011:

A 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



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 002/2014
Rubrica 043

irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora.

Isso porque, em caso de serviços essenciais, prestados em regime de monopólio, a Administração não pode deixar de contratar a concessionária que esteja em situação irregular perante o Fisco, vez que, nestes casos, impõe-se um interesse público maior, qual seja, a continuidade da prestação do serviço público dependente dos serviços objeto de exclusividade.

Portanto, no confronto entre dois valores constitucionais, deve prevalecer o que melhor atende o interesse público.

Desta maneira, na ocorrência de irregularidades, recomenda-se a regularização como condição para a contratação pretendida, ou justificativa da autoridade competente para a sua dispensa, na forma da Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2011.

Por fim, antes da assinatura do contrato, convém que seja promovida a atualização da consulta às certidões que estiverem vencidas ou próximas ao vencimento, para verificação de sua validade.

VIII - DA MINUTA DE CONTRATO DE ADESÃO

Não foi apresentada minuta de contrato fornecida pela empresa concessionária, padronizada, destinada a todos os consumidores de uma determinada categoria. É efetivamente um contrato de adesão, assim definido pelo artigo 54 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Porém, nesses casos, a Administração não tem prerrogativas e não pode alterar seu conteúdo, devendo acatar as regras impostas, sob pena de ver frustrado o atendimento a uma necessidade essencial.

Isso significa que, nestes casos, a Administração acaba por se submeter, de forma predominante, às normas específicas relativas ao objeto do ajuste (contrato de adesão) de modo que a aplicação da Lei de Licitações ocorre subsidiariamente.

O Tribunal de Contas da União (Decisão n.º 537/1999 – TCU - Plenário), na vigência da Lei nº 8.666, de 1993, já tratou do assunto, concluindo que, quando for usuária de serviço público, como energia elétrica, água e esgoto, a Administração não tem posição privilegiada, já que o contrato não é administrativo típico.



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 08.78024
Rubrica Fis 044

Nesse ponto, vale registrar que o fundamento jurídico do entendimento da Corte de Contas permanece válido à luz da Lei nº 14.133, de 2021, motivo pelo qual se optou por sua referência neste parecer.

Portanto, é plenamente aceita a assinatura de contrato de adesão pela Administração Pública, quando for usuária de um serviço público e, por isso, equiparada ao consumidor comum, sem que possa usar prerrogativas especiais.

Nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), eventuais cláusulas que possam ser reputadas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente de terem sido ou não objeto de qualquer ressalva por parte do consumidor no momento da contratação.

Insista-se: tendo em vista a essencialidade do serviço de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, pode a Administração celebrar o contrato de adesão, ainda que repete ilegal ou abusiva alguma ou algumas de suas disposições, pois a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo depois de celebrada a avença.

IX - DA DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

No presente caso, em atenção ao artigo 72, IV, da Lei nº 14.133, de 2021, consta às fls. 03 a declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, com a indicação da respectiva rubrica.

Alerta-se, ainda, para a necessidade de juntar ao feito, antes da celebração do contrato administrativo, a nota de empenho suficiente para o suporte financeiro da respectiva despesa, em atenção ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

X - DA PUBLICIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

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. 72, parágrafo único, da Lei nº 14.133, de 2021).

A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, conforme determina o art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021.

De acordo com o art. 8º, §2º, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 c/c art. 7º, §3º, V, do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012,



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE SAQUAREMA – RJ.
Assessoria Jurídica

Câmara Mun. de Saquarema
Processo nº 007/2024
Rubrica [assinatura] Fis 045

deverá haver disponibilização dos seguintes documentos e informações no sítio oficial do ente na internet:

- a) cópia integral do termo de referência;
- b) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

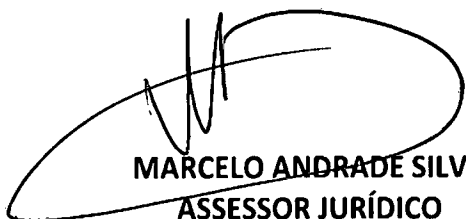
XI - CONCLUSÃO

Em face do exposto, manifesta-se esta Procuradoria pela **REGULARIDADE JURÍDICA, COM RESSALVAS ACIMA CITADAS**, do procedimento submetido ao exame desta unidade consultiva, condicionada ao atendimento das recomendações formuladas neste parecer, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise deste órgão.

É o parecer.

À consideração superior.

Saquarema, 11 de janeiro de 2024.


MARCELO ANDRADE SILVA
ASSESSOR JURÍDICO