



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Assessoria Jurídica

Avenida Governador Jorge Teixeira, 1722 - Bairro Embratel - CEP 76820-846 - Porto Velho - RO - www.defensoria.ro.def.br

Parecer Jurídico nº: 172/2023-AJDPE

Processo nº: 3001.106508.2022

Tipo: Informações

Interessado(s): Núcleo de Nova Brasilândia DOeste

Assunto: Água e esgoto de Nova Brasilândia

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. NÚCLEO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE NOVA BRASILÂNDIA. REQUISITOS DOS ARTIGOS 25 E 26 DA LEI 8.666/93. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE.

I - RELATÓRIO

O procedimento em tela foi instaurado para fins de contratação do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE de Nova Brasilândia, tendo em vista a transição dos serviços de água outrora prestados pela CAERD para o SAAE do município, conforme informações constantes sob ids 0111268, 0115085 e 0115096.

As certidões de regularidade fiscal e trabalhista do SAAE foram juntadas sob ids 0115104 e 0119876. A Secretária-Geral de Administração e Planejamento autorizou a abertura do procedimento visando à contratação. Sob id 0122901, foi juntada minuta contratual de adesão aos serviços do SAAE. Após, foi juntada a Lei n.º 1742/2022 (0122903), que dispõe sobre o Regulamento e Cobrança de Tarifa de água do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Nova Brasilândia D'Oeste - RO.

Em seguida, foi confeccionado o Termo de Referência n. 76/2022, tendo por objeto a prestação, de forma contínua, dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário para atender à DPE/RO.

O setor de Contratos da Diretoria Administrativa se manifestou, sob id 0136354, manifestando entendimento de que, por ser um contrato de adesão, o contrato do SAAE não seria passível de modificação pela DPE/RO. A SGAP, por sua vez, ao apreciar o termo de referência, determinou a realização de ajustes no documento, sendo estas atendidas por meio do adendo juntado sob id 0138755, conforme conferência realizada pela SGAP (0146873). Após, o feito foi encaminhado à DPOG, que procedeu à emissão da reserva orçamentária, por meio do Pré-Empenho 2023PE000105 (0147463), conforme Informação 0147467.

Por fim, os autos foram instruídos com a justificativa de inexigibilidade de licitação, elaborada pela CPCL, sob id 0147841, e encaminhados a esta Assessoria Jurídica para análise e manifestação quanto à legalidade do procedimento, bem como análise da minuta contratual acostada no id 0122901, ou eventual pertinência de elaboração de minuta própria desta Instituição.

É o necessário relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de contratação do serviço de fornecimento de água e esgoto para

atender a Defensoria Pública do Estado, no Núcleo de Nova Brasilândia do Oeste.

A respeito das contratações realizadas no âmbito da Administração Pública, como se sabe, é regra constitucional que haja prévio procedimento licitatório, conforme o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal. No entanto, nem todos os pactos contratuais comportam tal modalidade, tanto que o próprio dispositivo contempla exceções, que são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de contratação, as quais implicam contratação direta pela Administração.

No caso do serviço de fornecimento de água e esgoto, sendo o caso de prestação do serviço por uma única empresa concessionária, verifica-se que há margem para a contratação direta, nos termos do art. 25, *caput* da Lei n. 8.666/93, a saber: *Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...].* O inciso I, do art. 25 da Lei N. 8.666/93, ainda especifica:

Art. 25. [...]

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;

Embora o inciso I se refira a compras, o caráter exclusivo pode legitimar uma situação de inexigibilidade em outros tipo de contratações, como em situações de contratação de um serviço prestado por uma única empresa da região.

Na lição do doutrinador Jessé Torres [\[1\]](#):

“... as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o *caput* do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável.”

Nessa perspectiva, importa consignar que a expressão “em especial” cravada no “caput” do art. 25 da Lei nº 8.666/93 induz a não taxatividade das hipóteses de inexigibilidade, ao contrário do que ocorre nos casos de dispensa (arts. 17 e 24 da mencionada lei).

Nesse trilha, já se manifestou o TCU:

“[...] Todavia, conforme amplamente asseverado na doutrina e na jurisprudência do TCU, 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. [...]”[\[2\]](#)

No caso, extrai-se dos autos que a autarquia municipal Serviço Autônomo de Água e Esgoto -SAAE do Município de Nova Brasilândia D’Oeste /RO presta o serviço de fornecimento de água tratada e esgotamento sanitário no referido município, em caráter de exclusividade, conforme consta na declaração de id 0115096, p. 2. Dessa forma, a pretensa contratada é a única fornecedora do serviço, configurando, portanto, a inviabilidade de competição.

Em hipótese análoga, o Tribunal de Contas da União [\[3\]](#), expressamente, já se pronunciou pela adoção da inexigibilidade nas hipóteses de contratação de serviços de água, com subtrato no art. 25 da Lei n. 8.666/1993, senão vejamos:

“9.5. determinar à Direção-Geral do Centro Federal de Educação Tecnológica do Piauí que:

[...]

9.5.15. enquadre corretamente, como de inexigibilidade, nos respectivos processos as hipóteses de contratação direta de serviços de Correios, Água e Imprensa

Nacional, com fundamento no art. 25, da Lei nº 8.666/93, e não de dispensa de licitação;”

Com efeito, a contratação do serviço em comento deve ser realizada por meio de inexigibilidade de licitação, uma vez que os documentos de id 0115096 demonstram que a pretensa contratada foi criada para a prestação desse serviço e o faz de forma exclusiva, sendo, pois, a única prestadora desse serviço na localidade.

Por se tratar de serviço cuja contratação é realizada por meio de inexigibilidade de licitação, algumas especificidades devem ser irradiadas sobre ela, especialmente o disposto no art. 26 da Lei n. 8666/93, senão vejamos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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 ou calamitosa 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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

Passamos à análise:

a) Justificativa do afastamento da licitação;

A justificativa do afastamento da licitação deve estar presente nos autos. No caso em tela, a fundamentação se confunde com o próprio motivo da contratação, uma vez que se trata de prestadora exclusiva do serviço, o que impossibilita a contratação por meio de procedimento licitatório.

Ademais, observa-se sob id 0138755, item 2, a justificativa para a contratação do serviço de fornecimento de água e esgoto, de natureza imprescindível para a contibuidade dos serviços prestados pela DPE/RO no Núcleo de Nova Brasilândia D'Oeste. E, acerca da continuidade e essencialidade do serviço, destaco manifestação do Tribunal de Contas da União[4], no sentido de caracterizar os serviços de água, esgoto e energética elétrica como dessa natureza:

“De natureza continuada são os serviços que não podem ser interrompidos, por imprescindíveis ao funcionamento da entidade pública que deles se vale. Enquadram-se nessa categoria os serviços de limpeza e de vigilância, o fornecimento de água e de energia elétrica, a manutenção de elevadores.”

b) Razão da escolha do fornecedor;

Em relação à escolha do fornecedor SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUAS E ESGOTOS - SAAE Nova Brasilândia D'Oeste, esta se deu, conforme demonstrado nos autos, pelo fato de prestar o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário em caráter exclusivo, no Município de Nova Brasilândia D'Oeste, conforme documentos de id 0115096.

c) Justificativa do preço;

Acerca da justificativa do preço, trata-se de um dever imposto ao administrador, que tem por finalidade confirmar a razoabilidade do valor da contratação, conferindo, por consequência, probidade e moralidade ao ajuste. No que tange à razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública, ensina o professor Marçal Justen Filho[5]:

“A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e

futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.”

Da análise dos autos, nota-se que o valor estimado do contrato foi estimado com base no "levantamento da média de gastos mensais da comarca entre dezembro de 2021 a novembro de 2022", acrescido de margem de segurança de 15%, conforme justificado no item 9 do termo de referência (0138755), aplicando-se as tarifas previstas na Lei n. 1.742/2022, que regulamenta a cobrança de tarifa de água do SAAE de Nova Brasilândia D'Oeste.

d) Comunicação, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias;

Denota-se que se trata de ato que deve ser cumprido. Todavia, isso se dará em momento oportuno, pois se trata de fase posterior à análise deste setor.

e) Da regularidade fiscal (requisitos de habilitação);

Em relação à regularidade fiscal, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se expressam no sentido de que, mesmo nas contratações diretas, devem ser exigidas, da empresa contratada, a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, INSS, FGTS e Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Imperioso ressaltar que a contratação direta sem licitação não autoriza o não preenchimento dos requisitos de habilitação. Nesse trilho, destacamos trecho de parecer da AGU[6]:

“39. Para além de razões éticas e morais, duas são, em síntese, as razões jurídicas que levaram o legislador ordinário (e o constituinte, como se verá) a exigir do Estado que contrate unicamente empresas com regularidade fiscal: primeiro, garantir a solidez da empresa, ou seja, que ela é capaz de cumprir com as obrigações assumidas no ajuste (capacidade econômica); e, em segundo lugar, em atenção ao inc. XI do art. 37 da Constituição Federal, homenagear o princípio da isonomia, vedando que empresas em situação de inadimplência para com o Estado possam formular propostas mais baratas que aquelas que incluem em suas ofertas os tributos aos quais todas estão sujeitas.

40. É de relevo ressaltar que inexistente discussão sobre a possibilidade de contratação ou manutenção de ajustes em que os contratados estejam regulares com a seguridade social, ou seja, com o INSS e o FGTS. A razão para tanto é muito simples: a Constituição Federal, num dos poucos pontos que estabeleceu regras específicas para a contratação pública, vedou que os órgãos ou entes públicos contratassem devedores da seguridade social, como se constata da leitura do transcrição do art. 195, §3º [...]

[...] 41. Em diversas oportunidades o TCU reforçou o entendimento sobre a imprescindibilidade da regularidade com a seguridade social. [...]” (SIC)

No episódio em apreço, a fim de comprovar a regularidade fiscal e trabalhista da empresa do SAAE de Nova Brasilândia D'Oeste, foram juntadas as certidões de ids 0115104 e 0119876, cuja análise incumbe ao Controle Interno, junto a outros documentos que entender necessários. Desde já, todavia, ressaltamos que o Certificado de Regularidade do FGTS (0119876, p. 1) se encontra vencido.

f) Da previsão de recursos orçamentários e financeiros;

Refere-se à cláusula necessária em todo contrato administrativo que tem por fim a contratação de serviços, como o do caso em análise, nos termos do art. 55, inc. V, da L. 8.666/93.

A indicação do recurso para fazer frente à contratação se encontra sob ids 0147463 e 0147467, momento em que a Diretoria de Planejamento Orçamento e Gestão (DPOG) realizou a reserva orçamentária por meio da emissão do Pré-Empenho 2023PE000105

g) Do instrumento contratual e do prazo de vigência;

Por último, registro que a Lei n. 8.666/93 deu contorno distinto em relação aos contratos dessa natureza, uma vez que a Administração Pública se enquadra na categoria de usuária de um serviço público.

Assim, o Poder Público se situa na qualidade de consumidor de serviço público e, por isso, está em condição de igualdade com qualquer outro usuário, vinculado por meio de contrato de adesão, em que as regras são predominantemente privadas.

Em casos como tais, a própria Lei n. 8.666/93 tem a sua aplicação restrita, na medida em que o Poder Público se despe de seus poderes excepcionais, tal como já reconheceu o Tribunal de Contas da União – a respeito do contrato de fornecimento de energia elétrica, a título de exemplo, que também é considerado contínuo:

*[...]”25. O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo artigo 54 da Lei n.º 8.078/90, 'é aquele cujas **cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo**'.*

26. Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

27. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

28. O entendimento acima exposto foi, em nosso entendimento, bem sintetizado no Parecer CONJUR/MME n° 235/96, publicado no DOU de 27.11.96, Seção I, fls. 25009 a 25011, citado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro signatário da consulta em apreço, do qual destacamos os seguintes trechos: “39. A circunstância de estar presente a Administração Pública nesse tipo de contrato não o transforma, necessariamente, em contrato administrativo típico. Consoante o entendimento da melhor doutrina, o que caracteriza o contrato administrativo é a presença da Administração com prerrogativas de Poder Público, vale dizer, como agente do interesse coletivo preponderante. Exatamente por isso, confere a lei ao ente público posição de destaque na relação contratual, inclusive com a faculdade de alterar, unilateralmente, as condições do ajuste. Embora lhe garanta a lei a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro porventura afetado por essa alteração unilateral, não pode o particular recusá-la. 40. Ora, ao contratar com a concessionária de energia elétrica o órgão público está em condições de igualdade com qualquer outro consumidor de energia elétrica. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o fornecimento; cabe-lhe apresentar instalações em conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis e, se for o caso, contribuir para a realização de obras e serviços necessários ao fornecimento. Nada, portanto, o diferencia dos demais usuários.”[7]

Logo, aplicam-se ao caso os termos do art. 62 da Lei n. 8.666/93, a saber:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

[...]

§ 3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - **aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.** (destaquei)

No caso dos autos, constata-se a juntada da minuta do contrato de adesão, sob id 0122901, e, em que pese a natureza do contrato e impossibilidade, em tese, de discussão de suas cláusulas, orientamos que seja verificado junto ao SAAE a possibilidade de revisão da cláusula 5ª, tendo em vista se tratar de contratação com outro órgão Público, e visto que cria obrigações para o proprietário do imóvel locado e ainda, coloca o referido imóvel como garantia por eventuais débitos da DPE/RO, sendo que o contrato será firmado apenas entre a DPE/RO e o SAAE; bem como da cláusula 9ª, que também cria obrigações para o locador. Caso não seja possível a alteração destas, orientamos que o locador seja comunicado do contrato firmado, para ciência.

No mais, no que diz respeito ao prazo de vigência dos contratos dessa natureza, a Advocacia-Geral da União expediu a Orientação Normativa n. 36/2011 nos seguintes termos:

“A administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (empresa brasileira de correios e telégrafos) e ajustes firmados com a imprensa nacional, 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.”

Nesse aspecto, constata-se que a cláusula terceira da minuta do contrato de adesão de id 0122901 previu a vigência por prazo indeterminado, em conformidade com a orientação da AGU e também em benefício dos princípios da eficiência e economicidade, dispensando a abertura e instrução de processos administrativos semelhantes a cada exercício.

No entanto, ressalto que, ainda que presente essa alternativa para os contratos em que a empresa é a única concessionária de serviço público, deve ser observada a necessidade periódica de comprovação das formalidades contratuais, tais como: registro da disponibilidade financeira; estimativa de consumo; avaliação para perscrutar se a empresa continua sendo a detentora única e exclusiva do serviço de fornecimento de água e esgoto; e a análise da regularidade fiscal e trabalhista da concessionária.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, restrita aos aspectos jurídico-formais e com fundamento no art. 25, *caput*, e 26 da Lei n. 8.666/93, esta Assessoria Jurídica opina pela possibilidade de contratação do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário por meio de inexigibilidade de licitação, por prazo indeterminado, condicionada à comprovação, a cada exercício, das formalidades indicadas na Orientação Normativa n. 36/2011 da AGU.

Por oportuno, registro ser necessário constar dos autos a designação de gestor e o fiscal do contrato, mediante instrumento próprio, por se tratarem dos servidores responsáveis por manter, durante a vigência do negócio jurídico, da regularidade exigida inicialmente.

É o parecer. Encaminho os autos ao Controle Interno para análise de conformidade.

Porto Velho, 03 de fevereiro de 2023.

RAFAELLA ROCHA SILVA
Assessora Jurídica-Chefe
Defensora Pública

-
- [1] Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. Ed, Renovar, p. 342.
[2] TCU, Acórdão 2418/2006, Plenário, Relator Marcos Bemquerer, Processo n. 028.145/2006-0.
[3] Acórdão n. 5249/2008 . Primeira Câmara. Relator: Valmir Campelo, Proc. n. 012.184/2005-0, Data da sessão: 02/12/2008.
[4] TCU. Decisão 1098/2001 – Plenário. Publicado em: D.O.U. de 24/01/2002.
[5] Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 11ª. Ed, Renovar, p. 528.
[6] Portal AGU, PARECER nº 00350/2017/COMAD/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, Disponível em: www.agu.gov.br, Acesso em: 22 de junho de 2018, grifamos.
[7] Decisão 686/1999 – Plenário. DOU de 08/11/1999.
-



Documento assinado eletronicamente por **Rafaella Rocha Silva, Assessor(a) Jurídico(a)-Chefe**, em 03/02/2023, às 13:44, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://www.defensoria.ro.def.br/validar_sei informando o código verificador **0149017** e o código CRC **DF1C830B**.

Caso responda este documento, favor referenciar expressamente o Processo nº 3001.106508.2022.

Documento SEI nº 0149017v17