



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA  
DO SERTÃO PERNAMBUCANO  
PROCURADORIA DO IF SERTÃO PE

RUA ARISTARCO LOPES, 240, CENTRO, PETROLINA-PE, CEP: 56.302-100, TELEFONE: (87) 21012379

**PARECER n. 00094/2019/PROC/PFIF SERTÃO PERNAMBUCANO/PGF/AGU**

**NUP: 23700.000086/2019-05**

**INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DO SERTÃO PERNAMBUCANO**

**ASSUNTOS: Contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, destinada ao fornecimento de água potável para o *Campus* Santa Maria da Boa Vista o IF Sertão-PE.**

EMENTA: Contratação Direta. Única empresa a prestar o serviço no Estado de Pernambuco. Hipótese de inexigibilidade de licitação. Art. 25, *caput*, da Lei nº 8666/1993. Aplicação da IN SEGES n.º 05/2017. Viabilidade condicionada à observância das considerações da Procuradoria Federal. Art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

## **I ó RELATÓRIO**

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal por força do artigo 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993 para análise e emissão de parecer jurídico acerca da contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, destinada ao **fornecimento de água potável para o *Campus* Santa Maria da Boa Vista do IF Sertão-PE**, através da COMPESA ó Companhia Pernambucana de Saneamento.

2. Observa-se que o processo administrativo em epígrafe está instruído com os seguintes documentos:

- a) Ofício nº 16/2019-DAP/SMBV/IF SERTÃO-PE, solicitando autorização para a abertura de processo (fl. 01);
- b) Documento de formalização de demandas (fls. 02/03);
- c) Autorização de abertura de processo (fl. 04);
- d) Termo de Referência (fls. 05/07v);
- e) Faturas dos quatro últimos meses dos *Campi* Floresta, Salgueiro e Ouricuri (fls. 09/12);
- f) Termo de justificativa do preço (fl. 21);
- g) Termo de justificativa para inexigibilidade (fls. 22/24);
- h) Declaração orçamentária e autorização para contratação por inexigibilidade de licitação (fl. 26);
- i) Análise de viabilidade administrativa e institucional (fls. 28/29);
- j) Termo de justificativa de vigência de contratação por prazo indeterminado (fls. 31/31v);
- k) Documentos de regularidade (fls. 32/40);
- l) Consulta jurídica (fl. 44).
- m) Minuta do contrato-padrão para adesão (fls. 45/48);

3. É o breve relatório, após o que passo à análise jurídica.

## II 6 FUNDAMENTAÇÃO

4. Em obediência ao disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, *õressalvados 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, que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*õ.

5. Com a licitação, busca-se atender ao princípio da **isonomia** e encontrar a **proposta mais vantajosa** para a Administração. *õA licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar*õ (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 526).

6. Para que a licitação seja recomendável ou obrigatória, faz-se necessário, contudo, a verificação de determinados pressupostos. *õDitos pressupostos são de três ordens, a saber: a) **pressuposto lógico**; b) **pressuposto jurídico**; c) **pressuposto fático**õ. (...) õÉ pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecida já no plano de um simples raciocínio abstrato (...)õ. õÉ pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve proverõ. (...) E, por último, õé pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la...õ (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 539/540)*

7. Em consonância com esse ensinamento, a Lei 8.666/1993 estabeleceu hipóteses em que a licitação seria *dispensada* (art. 17), *dispensável* (art. 24) ou *inexigível* (art. 25). Essas seriam as possibilidades mencionadas em lei, e de caráter excepcional, em que será possível a contratação direta, isto é, a contratação sem licitação.<sup>[1]</sup>

8. A diferença básica entre dispensa e inexigibilidade, é de que na primeira há a possibilidade de competição, enquanto na segunda inexistente a possibilidade de competição. Isso õporque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviávelõ<sup>[2]</sup>

9. Assim, na inexigibilidade de licitação temos a inviabilidade da competição. Isso quer dizer que, no caso de se instaurar uma licitação, sendo esta inexigível, pode-se deixar de obter uma proposta ou, ainda, obter-se uma proposta inadequada. Assim, primeiramente deve ser avaliada a viabilidade da competição, pois sendo esta inviável, caracteriza-se a inexigibilidade. A inexigibilidade é, na verdade, uma imposição da realidade, e disso decorre ser meramente exemplificativo o elenco de suas hipóteses.

10. Por sua vez, a inviabilidade de competição é um gênero, que comporta várias modalidades. Melhor dizendo, a inviabilidade de competição é uma consequência, que decorre das diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação, previstas nos 03 (três) incisos do art. 25 da Lei de Licitações.

11. No presente caso, destaca-se que o subitem õ6.1õ do Termo de Referência justifica a presente contratação com fundamento no art. 25, I, no seguinte sentido: *õ6.1. Por haver inviabilidade de competição para prestação dos serviços objeto desse Termo de Referência, a contratação ora pretendida enquadra-se no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, visto que a COMPESA - Companhia Pernambucana e Saneamento é o único fornecedor de tais serviços no município de Santa Maria da Boa Vista. Tratando-se, portanto, de **inexigibilidade** de licitação (...)õ. **Observa-se, porém, que o art. 25, I, não serve de fundamento para a contratação, uma vez que tal inciso se refere à aquisição, e não a serviço, como é o caso ora submetido à análise, razão pela qual se sugere a retificação de tal referência, passando a constar como fundamento para a contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993.***

12. O art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, estatui: *"É **inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:[...]**"*

13. Destaque-se que as hipóteses previstas nos incisos seguintes ao *caput* transcrito são meramente exemplificativas, entendendo-se, destarte, que sempre que inexistir inviabilidade de se estabelecer competição entre os concorrentes será caso de inexigibilidade, pois impossível instaurar o procedimento licitatório em uma das modalidades previstas na legislação aplicável à hipótese.

14. Ainda no que se refere ao enquadramento legal, observa-se a recomendação manifestada pelo TCU:

ACÓRDÃO nº 1.776/2004 do TCU do Plenário (trecho):

**9.1.1** *ó nas contratações de abastecimento de água, de correios e telégrafos e de publicação na Imprensa Nacional, o fundamento para a inexigibilidade de licitação deve ser o art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.*

[...]

15. Assim, demonstrada a impossibilidade de competição, enquadra-se a situação no conceito amplo de inexigibilidade previsto no *caput* do art. 25, da Lei n.º 8.666/93.

16. Comprovada à inviabilidade de realização de procedimento licitatório, e demonstrada à necessidade de contratação direta por meio de inexigibilidade, no que diz respeito à **instrução do procedimento**, o corpo técnico deste Instituto deverá observar, no que for pertinente, o artigo 26, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

17. Recomenda-se também a observância do roteiro prático para contratação direta, elaborado pelo Tribunal de Contas da União<sup>[3]</sup>:

*O processo administrativo de contratação direta por dispensa de licitação, com base nos incisos III a XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, e por inexigibilidade de licitação, ao amparo do art. 25 da mesma Lei, será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei, observados os passos a seguir:*

1. *solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto - fl. 01;*
2. *justificativa da necessidade do objeto - fls. 02 e 05;*
3. *caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso; - Não se aplica ao presente caso*
4. *elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, da quantidade a ser adquirida ó fl. 05;*
5. *elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços ó fls. 05/07v (Termo de Referência);*
6. *indicação dos recursos para a cobertura da despesa - fl. 26;*
7. *razões da escolha do executante da obra ou do prestador do serviço ou do fornecedor do bem ó fls. 22/24;*
8. *anexação do original das propostas;*
9. *anexação do original ou cópia autenticada (ou conferida com o original) dos documentos de regularidade exigidos; - fls. 32/40;*
10. *declaração de exclusividade expedida pelo órgão competente, no caso de inexigibilidade ó fl. 49;*
11. *justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, com os elementos necessários à sua caracterização, conforme o caso ó fl. 74;*
12. *justificativa do preço ó fls. 54/63;*
13. *pareceres técnicos ou jurídicos;*
14. *documento de aprovação dos projetos de pesquisa para aos quais os bens serão alocados; - Não se aplica ao presente caso*
15. *autorização do ordenador de despesa ó fl. 76;*
16. *comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;*
17. *ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;*
18. *inclusão de quaisquer outros documentos relativos à inexigibilidade;*
19. *assinatura de contrato ou documento equivalente.*

18. Vale também deixar registradas algumas considerações acerca da aplicabilidade da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento,

Desenvolvimento e Gestão, a qual revogou a IN MPOG nº 02/2008.

19. O referido instrumento normativo contém regras e diretrizes referentes ao procedimento de contratação pela Administração Pública Federal dos serviços sob o regime de execução indireta e trouxe várias inovações, principalmente no que se refere às fases de Planejamento da Contratação e Gestão do Contrato.

20. Sobre o Planejamento da Contratação de serviços a referida instrução normativa descreveu no art. 20 as etapas a serem seguidas, em ordem sequencial, quais sejam: elaboração de Estudos Preliminares, do Gerenciamento de Riscos e do Termo de Referência ou Projeto Básico. **Assinala-se, no entanto, que para as situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação ocorrerá apenas naquilo que couber**, e para as contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 foi dispensada a elaboração dos Estudos Preliminares e do Gerenciamento de Risco, neste último caso exceto o Gerenciamento de Riscos relacionado à fase de Gestão do Contrato, o qual é obrigatório.

21. Considerando que a contratação pretendida foi estimada no valor anual de R\$ 21.403,92 (vinte e um mil, quatrocentos e três reais e noventa e dois centavos), estando, portanto, fora do limite disposto no inciso II, do artigo 24, da Lei geral de licitação, que atualmente perfaz a quantia de R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), a condução do feito deveria ter se pautado conforme preordena a IN SEGES n.º 05/2017, nada obstante, ao se compulsar o caderno processual não foi possível localizar todos os documentos correspondentes a fase do Planejamento da Contratação, em destaque para os Estudos Preliminares e o Mapa de Riscos, constando apenas o Termo de Referência - fls. 05/07v.

22. Ocorre que pela Lei de introdução às normas do direito brasileiro, Decreto-Lei n.º 4.657, de 04/09/1972, com as modificações realizadas pela Lei n.º 13.655/2018, de acordo com o disposto em seus artigos 20 e 21, nas searas administrativa, controladora e judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, sendo que a decretação de invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deve indicar suas consequências jurídicas e administrativas.

23. **Assim, recomenda-se ao Gestor avaliar se a elaboração do Termo de Referência, mesmo desacompanhado e não antecedido da elaboração de Estudos Preliminares e Mapa de Risco, atendeu a demanda e necessidade da unidade, e assim decidindo, poderá ratificar o referido ato, indicando a motivação dessa manutenção.**

24. **Diferentemente, caso se decrete a invalidade do Termo de Referência, urge indicar suas consequências jurídicas e administrativas, determinando a adoção das providências saneadoras que reputar pertinentes.**

25. Ainda sobre o Termo de Referência, **recomenda-se esclarecer se foi utilizado o modelo de minuta padronizado elaborado pela Advocacia-Geral da União e se tal modelo sofreu alguma alteração-acrécimo-supressão, e em caso negativo, apresentar a devida justificativa, conforme diretriz traçada na IN SEGES n.º 05/2017<sup>[4]</sup>, o que enseja providências saneadoras.**

26. Ademais, a Administração deve, entre outras formalidades, justificar o preço da contratação pretendida, o que deve ser feito mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas, consoante previsão inserta na Orientação Normativa n. 17, de 1º de abril de 2009, da Advocacia Geral da União.

**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 ORGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.**  
(Grifos não constantes do original)

27. Assim, a justificativa do preço nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, fundamentada na existência de fornecedor exclusivo, não pode ser realizada à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores. Se inexigível o certame, o proponente que detém a exclusividade é o único a atender as necessidades do órgão ou entidade contratante. Destarte, a justificativa há de fazer-se presumivelmente de acordo com os preços cobrados pelo fornecedor ou prestador exclusivo em contratos firmados com outras pessoas físicas ou jurídicas. É a demonstração da compatibilidade dos preços praticados pela própria empresa contratada que deve constar dos autos.

28. Os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios

jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanece o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível.

29. A contratação direta não significa eliminação do dever de demonstrar a regularidade da despesa, prevista no art. 113 da Lei Geral de Licitações. Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor exclusivo é razoável. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.

30. Verifica-se que foi juntada aos autos, subitens 04.20 e 04.30 do Termo de Referência, justificativa no sentido de que:

*[...] os valores estimados acima, em um período de 12 meses, serão determinados com base na média de consumo do Campus Floresta, últimos quatro meses, pois o mesmo apresenta maior tempo de funcionamento e, portanto, deverá apresentar dados mais reais. A tarifa a ser cobrada terá como base a estrutura tarifária vigente através da resolução da ARPE Nº 131/2018, para a categoria PÚBLICA;*

*Para comprovar os valores cobrados, em consonância a resolução supracitada, foram anexados ao presente termo, faturas dos últimos quatro meses dos Campi Floresta, Salgueiro e Ouricuri do IF Sertão-PE.*

31. Com efeito, os serviços prestados pela COMPESA são cobrados mediante tarifa, cuja regulamentação é dada por meio de Resolução da ARPE - Agência de Regulação de Pernambuco, conforme dispõe o art. 54 do Decreto Estadual nº 18.251 de 21/12/1994, tal como se visualiza à fl. 08 (Resolução ARPE Nº 131/2018 - Publicada no DOE nº. 66 de 12/04/2018).

32. Registre-se a existência de comprovação de crédito orçamentário para atendimento da despesa em questão e a autorização do ordenador de despesa para a contratação aqui pretendida, fl. 26.

33. Semelhantemente ao que ocorre em contratações efetuadas mediante licitação, deve ser verificado se a contratada apresenta-se regular perante a Administração Pública. Isso porque é preciso evitar que a Administração contrate com pessoas inidôneas.

34. Sobre a imperiosidade de a empresa que vier a celebrar contrato com a Administração estar devidamente habilitada, vejam-se os seguintes julgados proferidos pelo Tribunal de Contas da União:

*Observe com rigor o art. 195, §3º da Constituição Federal c/c o art. 47, inc.I, alínea a da Lei nº 8.212/91 e com o art. 27, alínea a da Lei nº 8.036/90, no que tange à obrigatoriedade de exigir-se das pessoas jurídicas a ser contratadas, assim como durante a manutenção do contrato, a comprovação de sua regularidade com a seguridade social (INSS e FGTS). " (Acórdão 524/2005 - Primeira Câmara).*

*Implemente medidas no sentido de verificar a regularidade fiscal da documentação apresentada pelos possíveis interessados, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.666/93, relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômica- financeira e regularidade fiscal, discriminados nos artigos 28 a 32 da mesma Lei, no intuito de aferir se as empresas licitantes têm atividade econômica regular. " (Acórdão 301/2005 ~ Plenário).*

35. Registre-se, igualmente, que consta nos autos documentação referente à regularidade da contratada (fiscal, trabalhista, CEIS, CNJ, TCU e CADIN), fls. 32-40, **cujos prazos deverão estar válidos no momento da contratação, a exemplo da Regularidade Fiscal referente ao FGTS e da Regularidade referente à Receita Estadual, que já se encontram com os prazos de validade expirados.**

36. No que tange à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), vale a pena conferir a orientação do TCU, no bojo do Acórdão nº 1054 - TCU - Plenário, de 02/05/2012, para que a referida certidão seja exigida da empresa contratada por ocasião de cada pagamento, *in verbis*:

9.2. a todas as unidades centrais e setoriais do Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e judiciário da União que orientem os órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que exijam das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de

pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas, de modo a dar efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V, e 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, atentando, em especial, para o salutar efeito do cumprimento desta nova regra sobre o novo Enunciado 331 da Súmula de jurisprudência do TST, sem prejuízo de que a Segecex oriente as unidades técnicas do TCU nesse mesmo sentido;

**37. Por outro lado, é importante frisar a Orientação Normativa AGU nº 9/2009, in litteris:**

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 irregularidade seja comunicada ao agente arrecador e à agência reguladora. (Grifos não constantes do original)

**38. Eis a fundamentação dessa Orientação Normativa:**

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no § 3º do art. 195, que *õa pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditíciosõ*. Assim, em princípio, a Administração não poderia contratar com nenhuma empresa que estivesse inadimplente com o INSS e FGTS.

Ocorre que os direitos e garantias fundamentais consagrados no art. 5º da Carta Magna são considerados essenciais para a manutenção da vida e dos direitos do cidadão, sendo atendidos pela Administração mediante a prestação dos serviços públicos.

Estes, por sua vez, devem ser ininterruptos, advindo daí o princípio da continuidade do serviço público. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella de Pietro *õentende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode pararõ*.

No caso de um serviço, como o fornecimento de água, gás, energia elétrica, correios, e outros, ser prestado sob regime de monopólio, e a prestadora estiver em débito para com o INSS e FGTS, não pode a Administração deixar de contratá-la devido a esta situação irregular, vez que, nestes casos, impõe-se um interesse público maior, qual seja, a continuidade da prestação do serviço público dependente dos serviços objeto de monopólio.

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

Esta é a linha de entendimento do Tribunal de Contas da União, esposada na Decisão 431/1997- Plenário, de seguinte teor:

2. responder ao responsável que as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial 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 respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas; 3. informar, ainda, ao consulente que, diante da hipótese acima, a administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos;

Esse mesmo entendimento foi estendido, por analogia, às empresas privadas concessionárias de serviço público essencial sob o regime de monopólio, por meio do Acórdão 1105/2006-

Plenário.

**Entretanto, não estão dispensados, na situação ora ementada, de caráter excepcional, os requisitos impostos pela Corte de Contas relativos à autorização do dirigente maior do Órgão, acompanhada das devidas justificativas sobre a essencialidade dos serviços prestados e, ainda, a necessidade de se comunicar o fato aos credores e à respectiva agência reguladora.**

39. **Assim sendo, na hipótese de existência de irregularidade fiscal, recomenda-se que se adote o procedimento administrativo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 09/2009.**

40. Avançando na análise dos autos, cabe ressaltar que se faz mister a publicação na imprensa oficial do ato administrativo de autorização da contratação direta da COMPESA, sendo desnecessária a publicação do extrato contratual, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.666/93 e da Orientação Normativa AGU nº 33/2011.

41. Cumpre destacar que o reconhecimento da inexigibilidade de licitação pelo ordenador de despesas deverá ser submetido no prazo de três dias à autoridade superior, para que esta a ratifique. De acordo com o Parecer n.º GQ-191/AGU, considera-se autoridade superior aquela que na estrutura hierárquico-organizacional encontra-se imediatamente acima do agente que praticou o ato de reconhecimento.

42. No que diz respeito à minuta do contrato, esta foi acostada aos autos às fls. 45/48 dos autos físicos. Com efeito, deve-se esclarecer que, em se tratando de prestação de serviços de água e esgoto, a Administração, na qualidade de usuária de serviço público, está em condições de igualdade como qualquer outro consumidor, sujeitando-se às mesmas exigências. Assim, as regras pertinentes são ditadas pelo concessionário, permissionário ou autorizatário, sem a sujeição a algumas regras da Lei nº 8.666/1993; e sendo a COMPESA a concessionária de serviço público, possui prerrogativa de determinar as condições de prestação do serviço. É nesse sentido o comando do art. 62, §3º, da citada lei, *in verbis*:

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.**<sup>[5]</sup>  
(Grifos não constantes do original)

43. Especificamente em relação à vigência contratual, impende destacar a Orientação Normativa AGU nº 36/2011, pela possibilidade de indeterminação do prazo, 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 e água e esgoto, 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.** (Grifos não constantes do original)

44. Convém transcrever a fundamentação da ON AGU nº 36/2011:

O inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993, preceitua que *aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração for parte como usuária do serviço público*.

Observa-se, portanto, que tal dispositivo não faz referência ao art. 57 do citado diploma legal, cujo inciso II estabelece que a vigência dos contratos de serviços contínuos está limitada a 60 (sessenta) meses, bem como cujo parágrafo 3º que veda contratos administrativos com prazo indeterminados.

Isso significa que, quando a Administração firma contrato na qualidade de usuária de serviço público, 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 nº 8.666, de 1993, ocorre apenas subsidiariamente.

Especificamente para a contratação do *o fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica* tem-se a autorização para dispensa de licitação no inciso XXII do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos.

Sobre este dispositivo, assevera Marçal Justen Filho<sup>[4]</sup>:

*A regra surgiu em virtude da reforma introduzida no setor elétrico, através de inúmeros diplomas legais. Deve lembrar-se que o regime geral das Lei 8.987 e 9.074 foi complementado e alterado para o âmbito da energia elétrica.*

(...)

*As inovações introduzidas no setor energético promoveram a dissociação entre as atividades que configuram monopólio natural e outras que comportam competição. (...) Daí que a atividade de geração de energia elétrica foi aberta à competição, inclusive com algumas hipóteses de descaracterização de serviço público. A transmissão de energia continua a ser um serviço público sob regime de monopólio. A distribuição é reconhecida como serviço público, mas com crescente abertura à competição, o que é incrementado por meio de atividades específicas de comercialização.*

*A decorrência fundamental reside em que o fornecimento de energia elétrica para o setor público poderá configurar-se como situação de competição entre agentes econômicos (ainda que mantido o regime de serviço público) ó situação similar à verificada a propósito da telefonia, aliás (...).*

*Dentro deste contexto é que se põe a regra de dispensa de licitação. Com a eliminação da exclusividade de concessionários de distribuição de energia elétrica, produz-se a pluralidade de potenciais fornecedores.*

(...)

*Haverá casos em que o dispositivo enfocado não terá maior efeito, em virtude da ausência de alternativa para o órgão administrativo. São aquelas situações em que o sujeito estatal será configurado como um consumidor cativo, beneficiando-se do fornecimento de energia promovido por uma concessionária de serviço público (em virtude da ausência dos requisitos para contratação de energia de outra origem). (...)*

**Especificamente para a contratação do saneamento básico, no aspecto de fornecimento de água potável e coleta de esgoto, regula a matéria a Lei nº 11.445, de 2007. Nos termos de seu art. 9º o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto elaborar os planos de saneamento básico (inc. I), bem como prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços (inc. II), entre outras atividades.**

Nestas condições, haverá sempre uma única titular ou sua autorizada para prestar os serviços em determinada localidade para prestação dos serviços públicos essenciais de saneamento básico, donde a sua contratação mediante inexigibilidade de licitação.

Assim, o fato de estar autorizada a contratação direta para estes serviços por impossibilidade de competitividade faz com que, em termos lógicos, não haja a incidência do art. 57, inciso II e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993. Se há um único fornecedor do serviço público ó não havendo que falar, portanto, em viabilidade de competição ó, não há, a princípio, óbice jurídico a que contratos da espécie contemplem prazo indeterminado de vigência.

**Não estão afastadas, entretanto, as demais formalidades para a contratação em questão, tais como formalização dos autos próprios para a contratação direta, projeto básico com o dimensionamento anual estimado do consumo, necessárias aprovações e previsão de dotação orçamentária a ser empenhada anualmente.**

45. Assim, a conclusão que se pode chegar é que, por serem contratos em que a Administração é parte como usuária de serviço público essencial e prestado por um único fornecedor, de qualquer forma esses contratos não teriam de ter sua duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, nem suas prorrogações ficariam limitadas a 60 (sessenta) meses, independente de ser o tratamento de esgoto, o fornecimento de água ou de energia elétrica serviços de natureza contínua. **Atente-se o Gestor para a necessidade de que, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários sejam comprovadas.**

46. Ainda no tocante à minuta do contrato, vale ressaltar que, conforme dito anteriormente, trata-se de uma relação jurídica na qual o Instituto é consumidor, submetido a uma avença de adesão, e não tem como impor cláusulas à fornecedora, ao contrário de outros contratos administrativos. **No entanto, sugere-se a alteração do foro competente para resolução de litígios decorrentes do contrato, na cláusula vigésima terceira da minuta do contrato, passando a constar a Justiça Federal, Seção Judiciária de Pernambuco, Subseção Judiciária de Petrolina/PE, em razão do disposto no art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993**<sup>[6]</sup>.

47. É de se esclarecer, por fim, que a manifestação jurídica da Procuradoria pretende apenas avaliar a contratação proposta, não sendo objeto de análise a conveniência e a oportunidade da contratação direta, uma vez que desbordam da sua atribuição.

### III 6 CONCLUSÃO

48. **Ante o exposto, esta Procuradoria manifesta-se favoravelmente ao prosseguimento da contratação, desde que observadas todas as recomendações expostas neste Parecer, quais sejam:**

- a) Que seja utilizado como fundamento da contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, pelos motivos anteriormente expostos;
- b) Que se avalie, com fulcro no art. 20 da IN SEGES n.º 05/2017 e à luz dos arts. 20 e 21 do Decreto-Lei n.º 4.657/1972, se a elaboração do Termo de Referência, mesmo desacompanhado e não antecedido da elaboração de Estudos Preliminares e Mapa de Risco, atendeu a demanda e necessidade da unidade, com a ratificação desse instrumento e indicação da motivação dessa manutenção; caso se decrete a invalidade do Termo de Referência, indicar suas consequências jurídicas e administrativas, determinando a adoção das providências saneadoras que reputar pertinentes;
- c) Porventura seja mantido o Termo de Referência, que se esclareça se foi utilizado o modelo de minuta padronizado elaborado pela Advocacia-Geral da União e se tal modelo sofreu alguma alteração-acrécimo-supressão, e em caso negativo, apresentar a devida justificativa, conforme disposto no art. 29, *caput* e §1º, da IN SEGES n.º 05/2017;
- d) Que, considerando a adoção da ON AGU nº 36/2011, o *Campus* Santa Maria da Boa Vista do IF Sertão-PE atente para a necessidade de comprovação, a cada exercício financeiro, da estimativa de consumo e da existência de previsão de recursos orçamentários;
- e) Que os prazos dos documentos de regularidade estejam válidos no momento da contratação,

a exemplo da Regularidade Fiscal referente ao FGTS e da Regularidade referente à Receita Estadual, que já se encontram com os prazos de validade expirados;

f) Que, na hipótese de existência de irregularidade fiscal, seja adotado o procedimento administrativo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 09/2009; e,

g) Que, em relação à minuta do contrato, seja alterado o foro competente para resolução de litígios decorrentes deste contrato, na cláusula vigésima terceira, passando a constar a Justiça Federal, Seção Judiciária de Pernambuco, Subseção Judiciária de Petrolina/PE, em razão do disposto no art. 55, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

49. É o parecer.

50. Encaminhe-se o presente processo, *sub censura*, à elevada consideração da Pró-Reitoria de Orçamento e Administração do IF-SERTÃO-PE.

Petrolina, 21 de junho de 2019.

**RICARDO BARBOSA DA SILVA**  
SERVIDOR

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23700000086201905 e da chave de acesso 3d1ba40a

Notas

1. <sup>^</sup> *Sobre as hipóteses de contratação sem licitação manifesta-se o TCU no Acórdão nº 1.064/05. Plenário (DOU, 12 de ago. 2005). Excerto do Voto condutor do acórdão: 16. A inexigibilidade é espécie do gênero contratação direta, i.e., sem licitação. Na contratação direta insere-se, ainda, a licitação dispensável e a licitação dispensada. São três hipóteses, portanto, referentes à possibilidade de a Administração promover contratação sem se ater ao dever constitucional de licitar, insculpido no art. 37, inc. XXI, da atual Constituição Federal.*
2. <sup>^</sup> *DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo, p.265*
3. <sup>^</sup> *Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília, 2010. p. 634.*
4. <sup>^</sup> *Art. 29. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de Termos de Referência e Projetos Básicos da Advocacia-Geral União, observadas as diretrizes dispostas no Anexo V, bem como os Cadernos de Logística expedidos pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber. § 1º Quando o órgão ou entidade não utilizar os modelos de que trata o caput, ou utilizá-los com alterações, deverá apresentar as devidas justificativas, anexando-as aos autos.*
5. <sup>^</sup> *Brasil, Lei n.º 8.666/1993, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2019.*
6. <sup>^</sup> *art. 55.[...]§ 2o Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente **cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual**, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei.*

---

Documento assinado eletronicamente por IVANISE PEREIRA DE LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 278473998 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): IVANISE PEREIRA DE LIMA. Data e Hora: 21-06-2019 15:45. Número de Série: 1719830. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---