



Praça Fabião Queimadas, 700, Lagoa de Velhos/RN – CEP 59.430-000

## ASSESSORIA JURÍDICA

Processo Administrativo n.º 0301202302/2022

**Objeto: Contratação da empresa Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN para prestar serviços de fornecimento de água para os prédios das Secretarias Municipais e da Prefeitura do Município de Lagoa de Velhos/RN.**

**DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SÓ POSSAM SER FORNECIDOS POR PRODUTOR, EMPRESA OU REPRESENTANTE COMERCIAL EXCLUSIVO. POSSIBILIDADE LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, CAPUT, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93.**

**01.** Trata-se de solicitação da Comissão Permanente de Licitação do Município de Lagoa de Velhos/RN, visando a contratação da empresa Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte - CAERN para prestar serviços de fornecimento de água para os prédios das Secretarias Municipais e da Prefeitura do Município de Lagoa de Velhos/RN.

**02.** Questiona-se a necessidade de, no caso, levar a efeito a instauração de certame licitatório no escopo de escolher a proposta de serviço financeiramente mais vantajosa, ou se poderia realizar contratação direta, independentemente da instauração de processo de licitação.

**03.** Assim dispõe o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

*“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

.....

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados*

*mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

**04.** Traça a Carta Política, através do citado enunciado normativo, a obrigatoriedade de procederem, os entes públicos, quando da aquisição de bens ou serviços, à instauração de certame licitatório, com vistas à efetivação, quando da prática de atos administrativos desse jaez, do princípio da igualdade.

**05.** A regra, inobstante sua teleologia, não é absoluta.

**06.** Com efeito, a disposição normativa encartada no Art. 37, XXI, da Carta Constitucional, estabelece a obrigatoriedade da formalização de procedimentos licitatórios, *ressalvados os casos especificados na legislação.*

**07.** Assim, possibilitou o legislador constitucional ressalvasse à legislação ordinária casos em que se faria possível a realização, pela Administração Pública, de contratação direta, independentemente da formalização de prévia concorrência.

**08.** A exceção deve se fundar, necessariamente, na verificação da impossibilidade ou na inconveniência do certame. Na primeira hipótese, inexistiriam contendores habilitados a celebrar o contrato, enquanto na segunda a licitação se afiguraria lesiva aos interesses públicos:

*“Dado o caráter geral das disposições sob foco, a legislação estadual, distrital e municipal não poderá reduzir itens. Embora a aparência sugira tratar-se de rol numerus clausus, a doutrina mostrava-se divergente ao debruçar-se sobre o art. 13 do revogado Dec.-lei nº 2.300/86, de redação quase idêntica. Com razão, porque o art. 13, tal como antigo art. 13, serve às hipóteses de inexigibilidade agora reunidas no art. 25, e estas são exemplificativas. Com efeito, é possível imaginar-se serviços especializados não previstos no art. 13 e cujo objeto seja insuscetível de licitação, por inviável a competição; é a inviabilidade da competição que determina a inexigibilidade; se viável for a competição, devida é a licitação.” (Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários à Lei**

**09.** Nesse toar, seguindo-se a orientação traçada pela Carta Magna, a obrigatoriedade da formalização de certames licitatórios sofre restrições, especificadas, de forma expressa, pela legislação ordinária pertinente à matéria – Lei Federal n.º 8.666/93 -, a qual, de acordo com o comando insculpido no Art. 37, XXI, primeira parte, traçou hipóteses em que a licitação é dispensável e outras em que a concorrência é inexigível.

**10.** Na dispensa é possível a realização de concorrência para obter a Administração as condições de contratação mais vantajosas à sua esfera patrimonial, outorgando o legislador, no entanto, a possibilidade de, por razões de conveniência e oportunidade, ser afastada a exigência.

**11.** Já nas hipóteses de inexigibilidade, não há como se instaurar o certame, vez que há inviabilidade de competição:

*“A inviabilidade de competição significa ausência de opção ou alternativa para a Administração Pública. Sempre que existir uma única pessoa ou um único objeto em condições de satisfazer o interesse público, a licitação representaria uma formalidade inútil, cujo resultado seria previsível de antemão.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª. Edição, AIDE, São Paulo, 1995, pág. 150).*

*“Independentemente da sistematização legal, que é muito imperfeita, poder-se-ia dizer que em alguns deles a Administração tem a faculdade de dispensar a licitação; em outros está obrigada a fazê-lo; em dada hipótese está proibida de licitar (motivo de segurança nacional) e que, de par com todos estes existem situações de licitação inviável, ou seja, em que não comparecem os pressupostos lógicos ou fáticos em vista dos quais caberia efetua-la. Note-se que o art. 17, I e II, fala em licitação “dispensável” – o que sugere, respectivamente nos primeiros, um assunto já resoluto pela lei e, nos segundos, uma faculdade do legislador – enquanto o art. 25 arrola hipóteses de ‘inexigibilidade’ da licitação, aludindo a situação em que esta é inviável.”*

(Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação – inexigibilidade – serviço singular*. Revista de Direito Administrativo (RDA), vol. 202, p. 365).

**12.** Feitas estas digressões, cumpre-nos, agora, proceder ao cotejo da hipótese submetida à apreciação.

**13.** Inicialmente, no que concerne à contratação direta por inexigibilidade de licitação, faz-se necessário transcrever o disposto no Art. 25, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93, *in verbis*:

*“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*

*I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;”*

**14.** O art. 26, parágrafo único, exige que os processos de inexigibilidade de licitação sejam formalizados com os elementos requeridos pelos incisos I a IV, no que couber, em que no caso específico temos: a) razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II); e b) justificativa do preço (inciso III).

**15.** No que respeita ao primeiro requisito, qual seja, a escolha do fornecedor, quer nos parecer, salvo melhor juízo, que fica caracterizado haja vista tratar-se de concessionária de serviço público que tem o fornecimento exclusivo, onde não haveria outra alternativa de fornecimento de água e esgoto.

**16.** Para cumprimento do segundo requisito, isto é, quanto à justificativa de preço, entendemos desnecessária qualquer tentativa no sentido da comprovação da sua compatibilidade com os de mercado na medida em que se trata de tarifas preestabelecidas, que são cobradas de todos os usuários dos serviços.

**17.** Não pode ser deslembrado, ainda, que nos termos do Art. 26 da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, os casos de dispensa de licitação previstos a partir do inciso III do Art. 24 devem ser, necessariamente, justificados

e comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na Imprensa Oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

**18.** Por outro lado, a Lei Federal n.º 8.666, de 1993 deu contornos distintos aos contratos em que a Administração Pública é contratante e em que é mera usuária de serviço público. Nessa hipótese, as regras pertinentes são ditadas pelo concessionário, permissionário, sem sujeição a algumas regras da Lei referida. É nesse sentido o comando do art. 62, § 3º, da lei nº 8.666, de 1993, *in verbis*:

*“Art. 62. (...)*

*§ 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.”*

**19.** É preciso ter em conta que, nos casos de contratação de fornecimento de água, a Administração figura como contratante - é usuária do serviço público prestado, sujeitando-se, pois, às condições impostas pelo concessionário ou permissionário. Não pode aqui utilizar-se de seu poder de império. Fica, pois, sujeita às mesmas condições contratuais, previstas para o usuário comum.

**20.** Quanto ao contrato, o procedimento normal da Administração é aderir à minuta padrão do contrato para o fornecimento de água, adequando-a a minuta padrão do Ministério do Trabalho e Emprego, para observância do disposto no Art. 55 da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, que trata das cláusulas essenciais em todo contrato administrativo.

**21.** Necessário, esclarecer que, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração deve agir com prudência e cautela, sempre com o intuito de resguardar o interesse público. Assim, ainda que a Administração dispense o instrumento próprio e típico de contrato, não pode dispensar as precauções fundamentais para resguardar o interesse público, prescrevendo os deveres e responsabilidades dos contratantes, nos moldes

estatuídos nos incisos do Art. 55 e conforme determina o art. 62, § 2º, ambos da Lei Federal n.º 8.666, de 1993.

**22.** O tema posto a análise não comporta maiores digressões, posto que de fácil entendimento que a hipótese vivenciada nos presentes autos encontra-se disciplinada no plasmado do caput, do art. 25, da Lei 8.666/93, com suas posteriores alterações, sendo certo que a contratação da CAERN pode perfeitamente se dar por Inexigibilidade de Licitação, na forma prevista no inciso supramencionado.

**23.** Diante do exposto e considerando o que preceitua o caput e o inciso I, do Art. 25, da Lei Federal n.º 8.666/93, entende esta Assessoria Jurídica pela possibilidade/viabilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, sendo necessária a comprovação dos requisitos para a sua concretização.

**24.** Ressalte-se que não foram analisados os aspectos técnicos orçamentários e financeiros, a conveniência/oportunidade no presente, bem como as especificidades técnicas do objeto, por não serem de competência desta Assessoria Jurídica.

**25.** Opino favoravelmente a minuta do contrato, por mim analisada e que estão dentro dos aspectos legais e formais, cumprindo a dicção do Art. 38, da Lei Federal n.º 8.666/93.

**26.** Há de se registrar, que o presente parecer é meramente opinativo e não pretende vincular a atuação da autoridade competente, de forma que podem ser adotados outros posicionamentos que não os acima abordados, com, de fato, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (MS n.º 24.073-3).

**27.** Encaminho os autos à Prefeita Municipal, para consideração superior.

É o parecer. SMJ.

Lagoa de Velhos/RN, 09 de janeiro de 2023.

**FELIPE AUGUSTO CORTEZ MEIRA DE MEDEIROS**  
**OAB/RN 3640 – ASSESSOR JURÍDICO**  
felipeacmm@hotmail.com