



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA  
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS  
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

**PARECER n. 00147/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU**

**NUP: 01400.002613/2018-79**

**INTERESSADOS: COORDENAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E MANUTENÇÃO-COMAN/MINC.**

**ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

EMENTA:

I - Administrativo. Licitação. Contratação direta. Fornecimento de água e esgoto. SABESP. Inexigibilidade (art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93). Contrato de adesão. Contrato por prazo indeterminado.

II - Parecer favorável.

1. Nos termos da alínea “a” do inciso VI do art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, vem ao exame desta Consultoria Jurídica o processo administrativo em epígrafe, para análise e pronunciamento acerca da pretensa contratação direta da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, via dispensa de licitação, com fulcro no art. 25, *caput* da Lei nº 8.666/1993, para prestação dos serviços públicos de fornecimento de fornecimento de água e esgoto, necessários ao atendimento da Representação Regional do Ministério da Cultura no Estado de São Paulo, localizada no Município de São Paulo, conforme condições estabelecidas no Contrato de Adesão e no Projeto Básico.

### **I. Relatório**

2. Por meio do despacho nº 0510264/2018 da COMAN/CGCON/SPOA/SE/MinC, (0510264), a área técnica deste Ministério solicitou ao Coordenador de Licitações, Contratos e Recursos Logísticos, informa que o prazo de vigência encerrado em 25/07/2017 (sic) e devido a impossibilidade de prorrogação, em função do término do prazo de 60 meses, conforme previsto no inciso II, do artigo 57, da Lei nº 8.666/1993, e estão optando pela celebração de um contrato com prazo indeterminado conforme manifestação jurídica na Nota Jurídica nº 180/2017 (SEI 0470562), e da Orientação Normativa nº 9/2009 e instruem o documento com o Contrato de Adesão (SEI 0510215) e Projeto Básico (SEI 0509723).

3. O Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, por meio do Despacho nº 0511650/2018, autorizou a formalização da contratação em questão.

4. No Despacho COGEC 0516341/2018, a área técnica informa em que pese, no projeto básico constar que a contratação teria por fundamento o art. 24, XXII da Lei nº 8.666/93, ocorre que a referida dispensa trata do fornecimento de energia elétrica e gás, portanto o enquadramento correto seria o art. 25 da Lei nº 8.666/93 por tratar-se de empresa titular e fornecedora exclusiva de água e esgoto, que em razão das características da contratação não foram levados em consideração os parâmetros da IN SEGES/MP Nº 5/2017, dada a singularidade da contratação, que esta Conjur já manifestou-se pela possibilidade de assinatura de contratos por adesão com prazo indeterminado, que a empresa apresentou diversas certidões vencidas e que segundo a lista de verificação da AGU, existem algumas pendências que serão cumpridas no momento oportuno.

5. Os autos foram encaminhados pelo SPOA por meio do Despacho nº 0521446/2018 para amnifestação acerca da contratação pretendida.

## II. Fundamentação Jurídica

6. Preliminarmente, destaca-se que a análise jurídica ora empreendida **limita-se** ao exame dos procedimentos licitatórios necessários à contratação direta da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, via inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, com vistas à “ garantir o abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário para atender a Representação Regional no Estado de São Paulo”.

7. Permite a Lei nº 8.666/93, como exceção à regra geral da exigência do procedimento licitatório (CF, art. 37, inciso XXI, e art. 2º, da Lei nº 8.666/93), que seja contratada, diretamente pela Administração, a realização de obras, serviços, compras e alienações, nas hipóteses previstas nos arts. 17, 24 e 25, todos da aludida Lei.

8. A contratação direta tanto pode se dar por meio da dispensa de licitação, cujas hipóteses se encontram elencadas nos incisos I a XXIX do art. 24 da Lei nº 8.666/93, como por intermédio da inexigibilidade, cujos fatos autorizadores de incidência estão previstos, exemplificativamente, no art. 25, *caput*, e incisos, do citado diploma legal.

9. No primeiro caso, existe a viabilidade de competição, contudo, o legislador faculta à Administração Pública valorar, mediante o juízo de oportunidade e conveniência, se deve realizar ou não a licitação. Porém, como o rol consignado no citado art. 24 é taxativo, a dispensabilidade só será válida se os fatos se encaixarem perfeitamente numa das hipóteses legais previstas. Ademais, embora a Administração esteja liberada de licitar, deve ela observar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado.

10. Ressaltando a discrepância que existe entre os institutos da inexigibilidade e dispensa de licitação, leciona Marçal Justen Filho<sup>1</sup> que:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso.

**A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa.** Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

**Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa.** Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

**Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade.** Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa. (original sem grifos)

11. **No caso em comento, nos interessa, especificamente, a hipótese prevista no art. 25, *caput*, do referido diploma legal, que assim dispõe, *ipsis litteris*:**

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

12. Decerto, verifica-se a subsunção da previsão legal acima transcrita ao caso *sub examine*, viabilizando, desta feita, a possibilidade de contratação direta pela União, por intermédio do Ministério da Cultura, tendo em conta que trata-se de serviço prestado por concessionária de serviço público que detém a exclusividade de exploração

do serviço para o Município de São Paulo, restando configurada, desta feita, a inviabilidade de competição, e, por conseguinte, a inexigibilidade de certame licitatório, o que tornaria eventual licitação contraproducente.

13. Bem a propósito, traga-se à baila a seguinte deliberação da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

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;** (Acórdão nº 5249/2008 – original sem destaques)

14. A inexigibilidade de licitação, como modalidade de contratação direta, exige um procedimento prévio e determinado, destinado à assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais da atividade administrativa, sendo imprescindível a observância de etapas e formalidades legais.

15. Desse modo, ainda que se trate de contratação direta, é necessário a formalização de um procedimento administrativo, com a devida juntada de documentos que comprovem o cumprimento das formalidades legais, que culmine na celebração do contrato. Nesse sentido, vejamos o ensinamento do já citado Marçal Junten Filho<sup>3</sup>, *verbis*:

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. "Ausência de licitação" não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

16. E mais adiante, arremata o referido autor<sup>4</sup>:

A Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. Na etapa externa, a Administração deverá formalizar a contratação."

17. Verifica-se, *in casu*, a especificação do objeto, que se consubstancia na formalização de novo contrato de prestação de serviço, pois o vigente irá findar em 25/07/2018 (SEI 0490510).

18. Ressalte-se que o processo administrativo de contratação direta por inexigibilidade de licitação deve ser instruído com os elementos previstos no art. 26, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, confira-se as seguintes decisões do TCU:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.3. determinar à ECT que:

(...)

**9.3.2. observe, em processos de inexigibilidade de licitação, os preceitos da Lei 8.666/1993, em especial quanto às justificativas da inviabilidade da competição e ao preço praticado, conforme dispõem os arts. 25 e 26 da citada lei;** (Acórdão nº 1794/2005 - Plenário)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.2. determinar à Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen) que:

(...)

**9.2.3. fundamente adequadamente os processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação quanto à justificativa do preço contratado, bem como quanto à configuração da situação ensejadora da exceção e da escolha do fornecedor, conforme o disposto no art. 26, parágrafo único, incisos I a III, da Lei 8.666/93; (Acórdão nº 569/2005 – Plenário)**

19. Deve estar consignado, também, as justificativas relativas à presença dos pressupostos da ausência de licitação, bem como o fundamento da escolha de um determinado contratante, o que se verifica no item 2. Da Justificativa do Projeto Básico. Decerto, em conformidade com o art. 50, inciso IV, da Lei nº 9.784, de 1999, os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos quando dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório. Trata-se, pois, de ato vinculado, e que expressa, em última análise, a efetivação normativa do princípio da motivação dos atos administrativos.

2.1. A contratação de tais serviços tem por objetivo garantir o abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário para atender a Representação Regional no Estado de São Paulo, uma vez que o referido serviço é essencial para o seu funcionamento.

2.2. Atualmente, o abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário para a capital São Paulo é de exclusividade da concessionária Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP.

### **II.1 ) da razoabilidade dos preços**

20. De mais a mais, sublinhe-se que a validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública, consoante já visto das decisões acima colacionadas. A respeito do assunto, observa Marçal Justen Filho<sup>5</sup> que:

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.

21. No ponto, verifica-se que os preços da prestação do serviço decorre do Contrato firmado como Município vide cláusula 8 do instrumento contratual e da ARSESP, estando, pois, justificados.

### **II.2) dos recursos orçamentários**

22. No tocante à necessidade de documento comprobatório da **prévia** existência de disponibilidade de recursos orçamentários suficientes para a cobertura da correlata despesa, somente temos a informação, de que:

2. Considerando que a Nota de Empenho 2018NE800064 ([0493383](#)) já foi gerada e está sendo reforçada, conforme documentos presentes no processo ([01400.001329/2018-85](#)), para atingir o valor previsto no Projeto Básico [0509723](#), solicitamos autorização para a referida contratação.

23. Nessa quadra, temos que alertar que é cláusula necessária em todo contrato administrativo que objetiva a contratação de serviços, como é o caso, aquela que estabelece “...o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;”. Por outro lado, **importante é salientar que é vedado, Lei nº 4.320/1964, art. 60, a realização de despesa sem o prévio empenho.**

24. É preciso que conste nos autos, outrossim, a autorização do ordenador de despesa, bem como a emissão da respectiva nota de empenho ou documento equivalente para que se realize a referida despesa.

### **II.3) da regularidade fiscal.**

25. No que tange à regularidade fiscal, tanto a doutrina como a jurisprudência do TCU são uníssonos no sentido de que, mesmo nos casos de contratação direta, devem ser exigidas a comprovação de regularidade junto à Fazenda e a Dívida Ativa da União, INSS, FGTS e Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, impondo-se, por certo, a necessidade de observância da obrigação da empresa contratada manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no momento da primeira contratação, inclusive regularidade fiscal e trabalhista.

26. Por isso mesmo antes da assinatura do presente termos deverão ser realizadas consultas ao Sistema de Cadastramento de Fornecedores - SICAF, ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, quanto a débitos trabalhistas, e ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

27. No caso, porém, adverte-se que, ainda que a situação fiscal e trabalhista da empresa não esteja regular, a contratação poderá ser efetivada, porquanto aplicável, a Orientação Normativa AGU nº 9, de 01/04/2009, segundo a qual:

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 arrecadador e à agência reguladora.** (o negrito não consta do original).

#### II.4) da minuta contratual

28. Quanto à minuta de contrato, vale notar que o ajuste tratado nos autos não incidem as regras excepcionais dos contratos administrativos típicos, diante do que dispõe o art. 62, § 3º, inciso II da Lei nº 8.666/1993. Ademais, trata-se de contrato de adesão cujo teor é aprovado pela Agência Reguladora competente – ARSESP, **razão, entre outras, que justifica ser mantida a contratação existente.**

29. Por derradeiro, informa-se a possibilidade de contratação por tempo indeterminado, nos termos da Orientação Normativa AGU nº 36/2011, que assim expressa:

A ADMINISTRAÇÃO PODE ESTABELECEER 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.

30. Vale lembrar, ainda, que é imprescindível que haja comunicação à autoridade superior, no prazo de 03 (três) dias, da inexigibilidade de licitação, bem como ratificação e publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior. Aliás, veja-se a seguinte decisão do TCU:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

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

(...)

**9.5.16. cumpra rigorosamente o art. 26, caput, da Lei nº 8.666/93, no sentido de encaminhar as situações de inexigibilidade reconhecidas à autoridade superior para ratificação;** (Acórdão nº 5249/2008 – Primeira Câmara)

31. Por último, alerta-se a área técnica para a necessidade de autorização do Ministro de Estado, ou eventual autoridade revestida de delegação de competência para, no caso vertente, formalizar a contratação em exame,

nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012.

### **III. Conclusão**

32. Em face do exposto, manifesta-se esta Coordenação, abstendo-se, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, pela inexistência de óbices jurídicos à presente contratação direta, com supedâneo no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, desde que observadas as recomendações e orientações contidas neste opinativo, e especial os apontados nos itens 23, 24, 27 e 31 da presente manifestação.

33. É o parecer, salvo melhor juízo.

34. Nos termos das Portarias CONJUR/MINC nº 1/2009 e nº 2/2011, encaminhem-se os presentes autos diretamente à Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração, para conhecimento e adoção das providências cabíveis

Brasília, 15 de março de 2018.

**Julio Cesar Oba**  
**Advogado da União**  
**SIAPE 1578154**

**Coordenador-Geral Jurídico de Licitações e Contratações Públicas - Substituto**

<sup>1</sup>Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética, 11ª ed., págs. 274/275.

<sup>2</sup> Conforme leciona Marçal Justen Filho, ob. cit.p. 318, a “Administração não contrata com 'órgão', mas com a pessoa jurídica a que se vincula o órgão. O vocábulo não é sinônimo de 'pessoa jurídica'. O órgão é o instrumento jurídico de formação e exteriorização da vontade da pessoa jurídica”.

<sup>3</sup>Ob. cit., pág. 292.

<sup>4</sup>Ob. cit., pág. 294.

<sup>5</sup>Ob. cit., pág. 295.

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400002613201879 e da chave de acesso d612054e

---

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR OBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 116873255 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 15-03-2018 18:58. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

---

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR OBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 116873255 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 15-03-2018 18:58. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.