ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 01168/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23491.003058/2023-21
INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ - IFCE
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO**. ARTIGO 74, INCISO I, DA LEI Nº 14.133/2021. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI Nº 14.133/2021, PORTARIA SEGES/ME Nº 8.678/2021, DECRETO Nº 10.947/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES Nº 58/2022, PORTARIA ME Nº 7.828/2022, DECRETO Nº 11.246/2022, INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 81/2022 , INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 98, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2022 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, NO QUE COUBER. REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. *FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO SANITÁRIO PARA O INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ - CAMPUS TIANGUÁ*. REGULARIDADE JURÍDICA, COM RESSALVAS.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo para análise jurídica do procedimento de contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, prevista no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, que tem por objeto a contratação do serviço público de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário , no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

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

- documento de formalização da demanda (SEI 5258811 e 5259066);
- estudos técnicos preliminares (SEI 5284374);
- mapa de gerenciamento de riscos (SEI 5284402);
- justificativa do preço por meio de tabela tarifária (SEI 5270888);
- termo de referência (SEI 5296604);
- estimativa de consumo (SEI 5256400);
- justificativa técnica da contratação direta (SEI 5270888);
- autorização da autoridade administrativa (SEI 5303833);
- documentação referente à habilitação (SEI 5292950);
- declaração de disponibilidade orçamentária (SEI 5285460);
- minuta do contrato (SEI 5291236)
- certificado de adoção das minutas padrão da AGU (SEI 5293952).
- lista de verificação de Contratações Diretas (SEI 5293943).

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

4. É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO

DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À ETR-Licitações

5. Inicialmente, cumpre registrar o que dispõe o art. 14 da Portaria PGF nº 931/2018, acerca do encaminhamento de processos para a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LIC:

> Art. 14São requisitos para o encaminhamento de processos administrativos contendo consultas sobre licitações e contratos da área meio à ETR-Licitações e Contratos:
>
> I – a utilização de minutas padrão de termo de referência, edital de licitação, contrato e ata de registro de preços, conforme o caso, disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União; e
>
> II – a utilização das listas de verificação (checklists) da instrução processual disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União.
>
> § 1º As inclusões, modificações e exclusões em minutas padrão deverão ser expressamente comunicadas e previamente submetidas à apreciação da ETR-Licitações e Contratos, em manifestação apartada que indique as disposições alteradas e explicite suas justificativas.
>
> § 2º Para otimização dos trabalhos, a Coordenação da ETR-Licitações e Contratos poderá definir modelos de comunicação de inclusões, modificações, exclusões ou informações de observância obrigatória.
>
> § 3º No caso de crescimento excepcional da demanda de processos encaminhados à ETR- Licitações e Contratos, sem que haja ingresso de novos integrantes, o DEPCONSU poderá, ouvido o Responsável pela coordenação da equipe, entre outras medidas, permitir que os processos sejam analisados pela Equipe em prazo superior àquele

estabelecido no plano de trabalho.

§ 4ºA ETR-Licitações e Contratos não atuará em processos com pedido de análise em regime de urgência ou de prioridade, competindo à Procuradoria Federal junto à autarquia ou fundação pública federal, nesses casos, a realização das respectivas atividades de consultoria jurídica, nos termos da Portaria PGF nº261, de 05 de maio de 2017.

6. Sendo assim, nas hipóteses em que não forem observados os requisitos acima, incluindo a informação constante do §1º, os processos serão devolvidos para adequação, sem prejuízo de que, desde logo, sejam feitas considerações a respeito da legalidade do procedimento e recomendações para regularização.

7. Ainda, destaca-se a necessidade de que seja verificada, pela chefia da unidade de execução da PGF (ou a quem lhe for delegada competência),se os processos encaminhados estão, de fato, instruídos com as minutas da AGU. Essa análise é importante para evitar a devolução dos autos e, por conseguinte, atraso na sua análise jurídica. Para tanto, sugere-se orientar o órgão competente para a responsabilização administrativa em caso de divergência de informação em relação ao uso das minutas.

DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

8. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme art. 53, § 4º, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva. Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do Órgão Consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta.

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

10. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC/AGU n° 7, que assim dispõe:

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

11. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, **exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorad**o que porventura seja aplicável ao caso concreto. Tal análise deve ser feita, pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.

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

DA VEDAÇÃO DA APLICAÇÃO COMBINADA DA LEI N. 14.133, DE 2021, COM A LEI N. 8.666, DE 1993, A LEI N. 10.520, DE 2002, E A LEI N. 12.462, DE 2011.

13. Não é demais destacar a vedação da aplicação combinada da Lei nº 14.133, de 2021, com a Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 10.520, de 2002, e a Lei n. 12.462, de 2011 (art. 191, da Lei nº 14.133, de 2021, e item 217 do PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, NUP: 00688.000716/2019-43, sequencial 460), como se observa a seguir:

"217. Ante o exposto, conclui-se que: (...) b) a utilização de mesmos detalhamentos normativos para regimes jurídicos distintos, poderá causar tratamento não isonômico dos administrados e incerteza das consequências jurídicas; c) não é possível que os regulamentos editados na égide das Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11 sejam recepcionados pela Lei nº14.133, de 2021, enquanto todos esses diplomas continuem em vigor, a luz do art. 191, parte final, da Lei nº 14.133/21 - ressalvada a possibilidade de que um novo ato normativo, editado pela autoridade competente, estabeleça expressamente a aplicação de tais regulamentos para a nova legislação" (PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, NUP: 00688.000716/2019-43, sequencial 460).

DA AUTORIZAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA E DAS NORMAS DE GOVERNANÇA

14. No caso, foi juntada a autorização para a contratação direta, em cumprimento ao artigo 72, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021 (doc. SEI n. 5303833).

15. Para atividades de custeio, deve a Administração Pública comprovar que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019. A PORTARIA ME Nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, estabelece normas complementares para o cumprimento do Decreto nº 10.193, de 2019. **Tal providência deve ser juntada aos autos até antes da efetiva contratação** (art. 3º, da PORTARIA ME Nº 7.828, de 30 de agosto de 2022).

16. Ressalte-se que a Administração deve certificar-se daobediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

17. Deverá ser atestado nos autos que a presente contratação está contemplada no Plano de Contratações Anual da

entidade e alinhada com o Plano Diretor de Logística Sustentável, além de outros instrumentos de planejamento da Administração (Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, art. 7º da IN SEGES/ME nº 81/2022 e Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021). Tal providência encontra-se atendida no doc. SEI n. 5296604, item 1.4.

18. Por fim, observa-se que no doc. SEI n. 5284374 e 5296604 foi demonstrada a essencialidade e o interesse público da contratação, para os fins do previsto no art. 3º do Decreto nº 8.540, de 9 de outubro de 2015.

DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

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

> I - documento de formalização de demanda e,se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
> II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
> III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
> IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
> V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
> VI - razão da escolha do contratado;
> VII - justificativa de preço;
> VIII - autorização da autoridade competente.

20. Assim, para viabilizar a contratação direta, a Administração deverá elaborar parecer técnico (artigo 72, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021) que comprove o atendimento dos requisitos exigidos, acompanhado da documentação comprobatória. O parecer foi juntado ao doc. SEI nº 5270707.

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

DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Da recomendação para adoção do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPP)

22. A Advocacia-Geral da União elaborou, em parceria com o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), o Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação (IPP), que se caracteriza como um guia destinado a orientar gestores públicos em procedimentos de contratação.

23. Recomenda-se que o planejamento da contratação seja realizado em conformidade com as diretrizes constantes do referido instrumento, que se encontra disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/instrumento-de-padronizacao-dos-procedimentos.pdf ou em https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/manuais/manual-fase-interna.

24. Cabe à Administração, portanto, observar o IPP, que vai servir como referência para as contratações públicas em todo o país. O documento está em formato de um verdadeiro manual, cujo objetivo central é facilitar e, ao mesmo tempo, dar maior segurança à atuação dos administradores públicos, de modo a prevenir eventuais riscos e conferir economia de tempo e de recursos nos processos licitatórios e nas contratações diretas.

25. Oportuno registrar que o presente trabalho não aborda as especificidades das contratações de obras e serviços de engenharia, de serviços de tecnologia, informação e comunicação, serviços de publicidade ou aquelas que utilizam como modalidade o Diálogo Competitivo. Para contratações dessas naturezas, é recomendável a observância da legislação específica, adotando o IPP de forma subsidiária.

Documentos necessários ao planejamento da contratação

26. De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a IN SEGES Nº 58/2022 e a IN SEGES/ME Nº 81/2022, a Administração Pública deverá produzir os documentos abaixo durante a fase de planejamento da contratação:

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

27. Dito isso, percebe-se que os documentos foram juntados aos autos, conforme indicado no relatório deste parecer.

28. Embora sejam documentos de natureza essencialmente técnica, faremos algumas observações a título de orientação jurídica.

Documento para formalização da demanda e estudos preliminares: principais elementos

29. Da análise do documento de formalização da demanda, percebe-se que foram previstos os conteúdos do art. 8º do Decreto nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, especialmente a justificativa da necessidade da contratação, o nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável e a indicação da data pretendida para a conclusão da contratação.

30. Quanto aos estudos preliminares, a equipe de planejamento deverá certificar-se de que trazem os conteúdos

previstos no art. 9º, da IN Seges nº 58/2022. Tal dispositivo estabelece que os estudos preliminares, obrigatoriamente, deverão conter:

> - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público (inc. I);
> - estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala (inc. V);
> - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação (inc. VI);
> - justificativas para o parcelamento ou não da solução (inc. VII);
> - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina (inc. XIII).

31. Eventual não previsão de qualquer dos conteúdos descritos art. 9º, da IN SEGES nº 58, de 2022, deverá ser devidamente justificada no próprio documento, consoante art. 9º, § 1º, da IN SEGES nº 58, de 2022.

32. No caso, verifica-se que a Administração juntou o estudo técnico preliminar às ao doc. Sei n. 5284374.

33. Percebe-se que referido documento contém, em geral, os elementos exigidos pela IN SEGES nº 58, de 2022.

Gerenciamento de riscos

34. Cabe pontuar que "Mapa de Riscos" não se confunde com cláusula de matriz de risco, a qual será tratada quando da minuta de contrato e é considerada como a caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em que se aloca, de forma prévia e acertada, a responsabilidade das partes por possível ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Assim, a idealização e elaboração do "Mapa de Riscos" não supre a necessidade da Administração Pública, em momento oportuno, discutir a matriz de riscos a ser estabelecida no instrumento contratual (item 5.2. do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação: Advocacia-Geral da União: Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, 2023).

35. O Gerenciamento de Risco se materializa pelo denominado "Mapa de Riscos" e deverá ser confeccionado no módulo de Gestão de Riscos Digital, consoante o item 5.2. do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação: Advocacia-Geral da União: Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, 2023, disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/saiba-como-guia-elaborado-pela-agu-e-pelo-ministerio-da-gestao-facilitara-contratacoes-publicas-em-todo-o-pais.

36. Quanto ao mapa de riscos (art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021), percebe-se que foi confeccionado, com indicação do risco, da probabilidade, do impacto, do responsável e das ações preventiva e de contingência (SEI n. 5284402).

Termo de Referência

37. O Termo de Referência é o documento que deverá conter a definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação, a fundamentação da contratação, a descrição da solução, os requisitos da contratação, o modelo de execução do objeto, o modelo de gestão do contrato, os critérios de medição e de pagamento, a forma e critérios de seleção do fornecedor, as estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado e a adequação orçamentária (art. 6º, inciso XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021).

38. Cumpre lembrar que **é recomendável a utilização do modelo de termo de referência disponibilizado pela Advocacia-Geral da União**, a fim de garantir o conteúdo mínimo necessário, bem como a padronização e a celeridade na análise (art. 19, IV, da Lei nº 14.133, de 2021).

39. Recomenda-se, ainda, que as alterações realizadas no modelo padronizado de termo de referência sejam destacadas visualmente e justificadas por escrito no processo (art. 19, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021).

40. No caso, consta dos autos o Termo de Referência, elaborado pela área requisitante, datado e assinado (doc. SEI n. 5296604).

41. Além disso, foi juntada declaração da área técnica informando sobre a adoção, na espécie, do modelo de minuta padronizada de Termo de Referência disponibilizado pela AGU (doc. SEI n. 5293952).

42. Ademais, a IN SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, e sobre o Sistema TR digital. A Administração deve cuidar para que suas exigências sejam atendidas no caso concreto.

43. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o termo de referência contemplou todas as exigências contidas nos normativos acima citados.

Parcelamento da contratação e regra geral da necessária adjudicação por itens

44. Outro ponto relevante diz respeito ao parcelamento do objeto a ser contratado. Em havendo divisibilidade de natureza técnica e econômica, a regra geral é realizar a adjudicação por itens, tal qual previsto na Súmula TCU nº 247:

> **É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global,** nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, **cujo objeto seja divisível**, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

45. No caso de serviços, na aplicação do princípio do parcelamento, **deverão ser considerados** (art. 47, II, § 1º, Lei nº 14.133, de 2021):

> I - a responsabilidade técnica;
>
> II - o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;
>
> III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

46. Dito isso, percebe-se que o presente procedimento previu a não adoção do parcelamento do objeto, por se tratar de contratação direta de fornecedor exclusivo, com as justificativas de ordem técnica e econômica presentes no doc. SEI 5284374 e 5270888.

Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

47. Em relação aos critérios e práticas de sustentabilidade (art. 5º, art. 11, IV, art. 18, §1º, XII, e §2º, da Lei nº 14.133, de 2021, art. 7º, XI da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 e art. 9º, II e XII, da IN SEGES nº 58, de 2022), deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais:

> a) definir os critérios e práticas objetivamente no termo de referência como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial;
>
> b) justificar a exigência nos autos; e
>
> c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.

48. Posto isso, para definição dos critérios e práticas de sustentabilidade, recomenda-se consulta ao Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, disponibilizado pela Advocacia-Geral da União em seu sítio eletrônico.

49. Se a Administração entender que os serviços não se sujeitam a critérios de sustentabilidade, deverá apresentar a devida justificativa.

50. Feitas essas considerações, verifica-se que a Administração incluiu, no item 4.1 do termo de referência, critérios e práticas de sustentabilidade.

Estimativa da despesa e justificativa de preço

51. Os **quantitativos** e a estimativa de despesa devem levar em conta dados pormenorizados, com a demonstração dos cálculos pelos quais se chegou ao quantitativo estimado. O tema é especialmente importante e deve ser registrado no processo de forma objetiva.

52. Portanto, deve-se evitar ao máximo a elaboração de estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciem a exata correlação entre a quantidade estimada e a demanda.

53. Deverá o gestor justificar a estimava das quantidades demandadas, com suporte nas faturas anteriores e nos eventuais projetos de ampliação da unidade, do número de servidores ou de mudanças no horário de atendimento.

54. No caso de serviços, registre-se que o gestor deverá estar atento às diretrizes gerais do subitem 1.1 do anexo V da IN SEGES/MP nº 05, de 2017, quais sejam:

> a) prever especificações que representem a real demanda de desempenho do órgão ou entidade, não sendo admissíveis especificações que deixem de agregar valor ao resultado da contratação ou sejam superiores às necessidades do órgão ou entidade;
>
> b) não fixar especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico;
>
> c) não adotar especificações que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente ou com preços superiores aos de serviços com melhor desempenho.

55. A necessidade da contratação foi justificada, tendo sido estimados os **quantitativos** do objeto a partir de método amparado por documentos juntados aos autos (doc. SEI 5270707 e 5270888).

56. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve esta

Procuradoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

57. Por fim, convém ressaltar que não compete a esta unidade jurídica adentrar em questões técnicas, mas apenas apontar que o processo necessariamente contenha os esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados para a contratação e verificar se há suporte documental coerente.

58. Em relação à **justificativa do preço**, como o serviço de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário é remunerado por tarifa pública, é desnecessária a realização de pesquisa para verificar a vantajosidade dos preços a serem contratados.

59. Cabe à autoridade, então, confirmar tal condição, providenciando a juntada do ato normativo que fixa as tarifas a serem cobradas de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo, sendo admitida a indicação do endereço eletrônico para tal consulta.

60. Além disso, deve a Administração verificar com a empresa a existência de condições mais favoráveis de contratação, devendo ser colacionado aos autos o resultado de tal pesquisa. A propósito, havendo preços especiais, estes devem ser observados na vigência contratual

61. No caso concreto, tal requisito foi cumprido, conforme se extrai dos documentos juntados ao Sei 5256400 e 5270707.

DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

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

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

64. Diferentemente da dispensa de licitação, onde a competição é possível, mas a realização do certame não é obrigatória por força de lei; na inexigibilidade, o ente público não tem opção, não há discricionariedade a observar. O que vale é a impossibilidade de obter propostas equivalentes, ou melhor, de ter o produto ou serviço necessário prestado satisfatoriamente por mais de um indivíduo. Em última análise, a inexigibilidade é condição que se impõe à Administração, como única forma de atendimento ao interesse público.

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

> *Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:*
> *I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gênerosou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;*
> *(...) § 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo,a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.*

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

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

> a) a **inviabilidade de competição**, deve a Administração demonstrar as reais necessidades e a essencialidade que justifiquem a especificidade do objeto, o qual deve apresentar características especiais e ímpares, ou seja, só haver uma solução que atenda à necessidade da Administração;
> b) **a existência de apenas um único fornecedor** com capacidade e qualificações para ser contratado.

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

Inviabilidade de competição e exclusividade no fornecimento

69. Em relação à inviabilidade de competição, deve a Administração instruir o processo com comprovação acerca da exclusividade da prestação do serviço de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário pela empresa Concessionária que será contratada, o que pode ser feito pelas seguintes formas:

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

70. Tal requisito se confunde com o próprio motivo da contratação direta (exclusividade na prestação do serviço público) e se encontra demonstrado no processo, conforme documento SEI 5245865, 5246182 e 5246199.

71. Vale ressaltar que a análise quanto ao mérito das avaliações da inviabilidade de competição não compete a este órgão consultivo, que não possui a expertise necessária para verificar se, de fato, existe ou não viabilidade de competição, **cabendo à área técnica se certificar quanto à veracidade das informações trazidas aos autos.**

DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

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

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

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

74. Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

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

76. Verifica-se que no doc. SEI n. 5292950 foram juntados os documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da futura contratada, bem como a inexistência de óbices para a sua contratação.

77. Convém observar que, em caso de ocorrência de alguma irregularidade, ainda assim, será possível a contratação da empresa concessionária, desde que (i) seja previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e (ii) que referida autoridade comunique ao agente arrecadador e à agência reguladora a situação de irregularidade da contratada, tudo conforme previsto na Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2009, cujos termos se revelam compatíveis com o novo regime instituído pela Lei nº 14.133/2021:

> ***Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2009:***
> *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.*

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

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

80. Desta maneira, na ocorrência de irregularidades, recomenda-se a regularização como condição para a contratação pretendida, ou justificativa da autoridade competente para a sua dispensa, na forma da Orientação Normativa/AGU nº 09, de 2009.

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

DA MINUTA DE CONTRATO DE ADESÃO

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

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

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

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

entendimento da Corte de Contas permanece válido à luz da Lei nº 14.133, de 2021, motivo pelo qual se optou por sua referência neste parecer.

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

87. Sendo assim, não é demais destacar a possibilidade de questionar a validade de eventual cláusula abusiva ou manifestamente ilegal, caso haja necessidade, perante a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal e/ou o Poder Judiciário, conforme o caso.

88. Nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), eventuais cláusulas que possam ser reputadas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente de terem sido ou não objeto de qualquer ressalva por parte do consumidor no momento da contratação. Insista-se: tendo em vista a essencialidade do serviço de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, pode a Administração celebrar o contrato de adesão, ainda que repute ilegal ou abusiva alguma ou algumas de suas disposições, pois a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo depois de celebrada a avença.

89. A título de esclarecimento, registre-se que o Parecer nº GQ-170, aprovado pelo Exmo. Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União em 13/10/1998, obrigatório para toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/1993, fixou a legalidade da cobrança da multa de mora do órgão federal consumidor no caso de atraso no pagamento de tarifa fixada por concessionária de serviço público. Ademais, o Parecer nº 33/2012/DECOR/CGU/AGU entendeu que é exigível a incidência de atualização monetária no caso de pagamento em atraso pela União, mesmo quando o contrato não contenha tal previsão.

90. Por sua vez, o Parecer nº 78/2011/DECOR/CGU/AGU entendeu que é legítima a suspensão de serviços não essenciais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, caso haja necessidade (por exemplo, na eventual hipótese de violação à continuidade do serviço público essencial), deve o gestor comunicar o fato à Procuradoria Federal respectiva, a quem compete adotar as medidas cabíveis.

91. **Quanto à vigência por prazo indeterminado**, entende-se ser juridicamente possível, conforme previsão do art. 109 da Lei nº 14.133, de 2021:

> Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

92. Desse modo, em caso de contratação por prazo indeterminado, ao longo da execução do contrato, a Administração deverá:

- Indicar a previsão de recursos orçamentários para lastrear as despesas decorrentes da contratação, a cada exercício financeiro;
- Acautelar-se, a cada ano, de verificar se o monopólio permanece presente (que é a própria justificativa para a inexigibilidade); e
- Autorização para a realização de despesa, nos termos do Decreto nº 10.193, de 2019.

93. Sobre a forma de indicação dos recursos orçamentários para lastrear as despesas decorrentes, convém que tal comprovação, a cada exercício financeiro, seja formalizada por simples apostila, nos termos do art. 136, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.

94. O PARECER n. 00004/2022/CNMLC/CGU/AGU (NUP: 00688.000716/2019-43), ao tratar sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados nos modelos de licitação e contratos, fixou o entendimento de que, nos contratos administrativos, *"[...]* ***não constem os números de documentos pessoais das pessoas naturais que irão assiná-los, como ocorre normalmente com os representantes da Administração e da empresa contratada****. Em vez disso, propõe-se nos instrumentos contratuais os representantes da Administração sejam identificados apenas com a matrícula funcional [...]. Com relação aos representantes da contratada também se propõe que os instrumentos contratuais os identifiquem apenas pelo nome, até porque o art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993, e o §1º do art. 89 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, exigem apenas esse dado"*, **o que merece ser diligenciado pela Administração junto à empresa que será contratada.**

DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO

95. No presente caso, em atenção ao artigo 72, inciso IV da Lei nº 14.133, de 2021, consta do doc. SEI n. 5285460 a declaração do setor competente acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, com a indicação da respectiva rubrica.

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

97. Necessário destacar, outrossim, que o atendimento ao art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, somente será necessário se as despesas que amparam a ação orçamentária em apreço não forem qualificáveis como atividades, mas, sim, como projetos, isto é, se não constituírem despesas rotineiras, como estabelece a Orientação Normativa AGU nº 52/2014 ("As despesas ordinárias e rotineiras da administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000").

98. No caso, consta nos autos declaração do setor competente no sentido de que se trata de despesa administrativa considerada ordinária, já prevista no orçamento e destinada à manutenção de ação preexistente, pelo que resta dispensada, com base na autorização constante da Orientação Normativa AGU nº 52/2014, a juntada aos autos dos documentos indicados no art. 16, incisos I e II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

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

99. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (art. 72, parágrafo único, da Lei nº 14.133, de 2021).

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

101. De acordo com o art. 8º, §2º, daLei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011c/c art. 7º, §3º, V, doDecreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, deveráhaver disponibilização dos seguintes documentos e informações no sítio oficial do ente na internet:

a) cópia integral do termo de referência;

b) contratos firmados e notas de empenho emitidas.

CONCLUSÃO

102. Em face do exposto, manifesta-se esta Procuradoria pela REGULARIDADE JURÍDICA, COM RESSALVAS, do procedimento submetido ao exame desta unidade consultiva, condicionada ao atendimento das recomendações formuladas ao longo deste opinativo, especialmente nos itens 15, 16, 23, 24, 48, 71, 81 e 96, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise deste órgão.

103. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Eis o teor do BPC nº 05: "Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas".

104. É o parecer, segundo o entendimento consolidado da ETR LIC, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente pelo parecerista, consoante os objetivos de eficiência, padronização e uniformidade na atividade submetida à sua consultoria jurídica (art. 2º, incisos I e II e art. 4º, inc. I, da Portaria PGF nº 931/2018).

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 14 de setembro de 2023.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23491003058202321 e da chave de acesso 50e9fbf7

Documento assinado eletronicamente por LUIZ PAULO FERREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1279698311 e chave de acesso 50e9fbf7 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): LUIZ PAULO FERREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-2023 15:36. Número de Série: 513858800984975917601861473 24. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ
GABINETE PROCURADOR-CHEFE
RUA JORGE DUMAR, 1703 - JARDIM AMÉRICA- CEP: 60410-426 - FONE (85) 3401.2326

DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00156/2023/GAB-PFIFCE/PFIFCEARÁ/PGF/AGU

NUP: 23491.003058/2023-21
INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO CEARÁ - IFCE
ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. Aprovo o **PARECER n. 01168/2023/NLC/ETRLIC/PGF/AGU**, por sua própria fundamentação, nos termos do inciso I do art. 8º da Portaria AGU nº 1.399 de 05/10/2009.

2. Ressalte-se que a análise desta Chefia cinge-se exclusivamente à manifestação jurídica exposta no Parecer, sendo de exclusiva responsabilidade do advogado subscritor a análise da documentação acostada aos autos.

3. Ao Apoio desta Procuradoria para:

a) Dar ciência do aludido Parecer e deste Despacho de Aprovação ao setor de origem para conhecimento e adoção das providências nele apontadas.

b) Após, arquivar o processo no sistema SAPIENS.

Fortaleza, 19 de setembro de 2023.

TARCISIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em https://supersapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23491003058202321 e da chave de acesso 50e9fbf7

Documento assinado eletronicamente por TARCISIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1284730995 e chave de acesso 50e9fbf7 no endereço eletrônico https://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): TARCISIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-09-2023 14:30. Número de Série: 513858800984975917601861473 24. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.