



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA
PF UNIPAMPA
AV. GEN. OSÓRIO, 900 - CENTRO - CEP 96.400-100 - (53) 3240.5410

PARECER n. 00079/2023/PFUNIPAMPA/PGE/AGU

NUP: 23100.007233/2023-13

INTERESSADOS: UNIPAMPA - PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO (PROAD)

ASSUNTOS: MODALIDADE / LIMITE / DISPENSA / INEXIGIBILIDADE

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LICITAR O OBJETO PRETENDIDO POR AUSÊNCIA DE DISPUTA. FABRICANTE E/OU FORNECEDOR EXCLUSIVO. ARTIGO 74, I, DA LEI Nº 14.133/2021. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. III - PARECER PELA APROVAÇÃO.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de procedimento administrativo encaminhado a esta Procuradoria Federal para análise da legalidade da aquisição direta de bem sem realização de prévio processo licitatório, com fundamento no inciso I do art. 74 da Lei no 14.133/2021.

2. O objeto do presente processo se refere à contratação do Departamento De Água, Arroios e Esgotos de Bagé-DAEB para o abastecimento de água e esgoto para os prédios I e II da Reitoria da UNIPAMPA.

3. Para a consecução de seus fins a Administração instruiu o processo com os seguintes documentos:

- Pedido de Compras 01/2023 - Gabinete da Reitoria (1102032);
- Estudos Preliminares (1102033);
- Declaração de Exclusividade (1102034);
- Contrato de Adesão - referente matrícula 96041170 (1102035);
- Contrato de Adesão - código do contrato 77773 (1102036);
- Dotação Orçamentária 2023ND000241 (1102037);
- Dotação Orçamentária 2023ND000244 (1102038);
- SICAF (1102120);
- Contratos - Encaminhamento à Procuradoria Federal DCC 110302.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Da inviabilidade de competição e da inexigibilidade

4. Em sede preliminar deve-se observar que com a vigência da Constituição Federal de 1988 restou estabelecida a obrigatoriedade de licitação como regra de forma geral para as contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública, estando dispensado o dever de realizá-la somente nos casos especificados na legislação. Sucedeu, então, ao inc. XXI do art. 37 da Carta Magna os ditames impostos pela Lei no 8.666, de 21 de Junho

de 1993 que instituiu normas para licitações e contratos da Administração. Em seu teor, a lei tratou, dentre outras matérias, dos casos passíveis de dispensa de licitação, e das situações em que o procedimento licitatório é simplesmente impossível de ser realizado.

5. A nova Lei de Licitações no 14.133/2021 inaugura um novo regime jurídico para substituir a Lei das Licitações (Lei no 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei no 10.520/2002) e revogar o Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei no 12.462/11), além de agregar temas relacionados.

6. A entrada em vigor da nova Lei ocorreu, conforme o art. 194, na data da sua publicação: 01/04/2021.

Em seu art. 193 ela estabelece a revogação das seguintes leis de forma fracionada no

7. tempo:

- I – os arts. 89 a 108 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;
- II – a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47 da Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

8.

9. Os eventos em que a disputa é impossível tiveram por parte do legislador denominação de “inexigibilidade de licitação.” O fundamento que disciplina esse instituto encontra albergue no total descabimento que seria a realização de procedimento licitatório onde, por motivos lógicos, só há espaço para um possível ofertante.

10. Celso Antônio Bandeira de Mello propõe serem duas as hipóteses de inviabilidade de licitação, a saber:

- a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo.
- b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos entretanto, disponíveis por um único sujeito.

11. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes apresenta pensamento similar ao de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar:

(...) que a inexigibilidade tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, seja porque **só um fornecedor ou prestador de serviços** possuía a aptidão para atender ao interesse público, seja por que fazia face **às peculiaridades no objeto contratual pretendido pela administração.** (grifo nosso)

12. Dessa maneira, estabelece a nova Lei de Licitações no 14.133/2021, em seu art. 74, a inexigibilidade de licitação, aplicável somente quando justificada a inviabilidade de competição:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

- I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
- II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
- III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
 - a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
 - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras outorgadas;
 - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
 - h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
- IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
- V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

13. Neste sentido, verifica-se que, diferentemente da dispensa de licitação, em que o art.75 da Lei no 14.133/2021 encerra em seus incisos todas as hipóteses passíveis de contratação direta, o art.74 é meramente exemplificativo. Ele não tem, nem poderia ter, pretensão de exaurir todas as hipóteses que geram a inviabilidade de competição. Aqui, o importante é a análise do caso concreto.

14. Se por algum acaso persistir dúvidas a este respeito, o próprio caput do artigo elimina a desconfiância quando menciona in fine a expressão "em especial". Somente após esse destaque chamou a atenção, o legislador, para os casos de maior utilização.

15. O que se deve ter em mente é que em linhas gerais o que afasta a disputa é a singularidade do bem. Portanto, sempre que um bem ou serviço possuir características individuais marcantes capazes de estabelecer a singularidade não há que se falar em licitação.

16. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a razão de ser desta singularidade pode advir da unicidade do bem (individualidade em sentido absoluto), da sua significação particular excepcional (singular em razão de evento externo) ou por força da natureza íntima do objeto (aquela resultante da capacidade criativa e do estilo de seu autor).

Além da singularidade do bem, outros casos poderão estar amparados no caput do art. 74. Podemos citar aqueles em que todos os interessados são contratados por meio de credenciamento e os casos de monopólio. O que realmente vale, portanto, para enquadrar um bem ou serviço no caput do artigo é a demonstração incontestável da inviabilidade de disputa.

17. Reunidos os pressupostos jurídicos ou fáticos condicionares da inexigibilidade, credenciada está, por conseguinte, a Administração a contratar sem licitação. Restou claro até aqui as circunstâncias fundamentais para a inexigibilidade, mas algumas considerações a respeito das hipóteses destacadas na lei devem ser apresentadas.

18. A primeira hipótese refere-se às situações de unicidade de produtor, empresa ou representante comercial, vedada a preferência de marcas. A vedação à marca aparece na redação do dispositivo para dar destaque ao fato de que a exclusividade se dá quanto ao tipo de produto e não na preferência daquela.

19. Ponto importante neste íterim é a comprovação da exclusividade por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes. Se for provada a exclusividade do produto dentro destas exigências não há ilegalidade na contratação sem procedimento licitatório.

20. Mas como provar a exclusividade se for levado em conta o âmbito territorial? José dos Santos Carvalho Filho faz a seguinte distinção:

Com efeito se apenas uma empresa fornece determinado produto, não se poderá mesmo realizar o certame. De acordo com a correta classificação, pode ser a exclusividade absoluta ou relativa. Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante exclusivo no país; a relativa quando a

exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, poderá ser realizada a licitação, se a administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação.

21. A outra hipótese prevista é a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Cabe ressaltar os conceitos destas expressões para a perfeita compreensão do inciso. Serviço técnico é aquele em que o profissional ou empresa possui habilitação em área específica do conhecimento. Já a notória especialização é o prestígio que o especialista adquiriu ao longo do tempo no meio profissional em que atua. Tal reconhecimento provém dos serviços prestados no passado, com qualidade indiscutível, estudos, publicações, experiências e outros conhecimentos adquiridos. Por fim, os serviços enumerados no artigo 6º devem ser de natureza singular, ou seja, aqueles que contenham em seu cerne as características particulares do executor.

22. O inciso II destaca a impossibilidade de se realizar licitações para as contratações que envolvem o setor artístico. Muito embora cada trabalho artístico contenha em si peculiaridades que o diferenciam de todos os demais, porque envolve técnicas e habilidades pertencentes, única e exclusivamente ao seu criador, a lei faz questão de ressaltar a obrigatoriedade de o contratado ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

23. Importante indicar, neste ponto, a possibilidade de promover concurso, modalidade de licitação prevista no artigo 28, III, da Lei no 14.133/2021, para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante prêmio ou remuneração aos vencedores. O uso do concurso afasta qualquer possibilidade de questionamento de afronta à impessoalidade pela contratação direta.

2.2 Da possibilidade de contratação por tempo indeterminado

24. No que tange ao fornecimento de serviço de água e esgoto, este é prestado no Brasil sob o regime de serviço público concedido, com cláusulas de adesão compulsória pelos usuários que necessitam se utilizar do serviço.

25. Neste contexto, foi editada a Orientação Normativa AGU no 36/2011, pela possibilidade de indeterminação do prazo, nos contratos em que a Administração Pública seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto. Tal orientação ainda sofreu alteração, por meio da Portaria no 124, de 25/04/2014, para o acréscimo de serviços, consolidando-se com a seguinte redação:

A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) e ajustes firmados com a Imprensa Nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários.

26. Assim, sendo a Administração 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 à 60 (sessenta) meses, independente de serem 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 comprovados.

2.3 Da instrução do processo administrativo quando a licitação for inexigível

27. Os processos administrativos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos, no que couber, com os elementos previstos no art. 72 da Lei no 14.133/2021, conforme abaixo:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- 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.

Parágrafo único. 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.

28. Ainda com a intenção de nortear a instrução processual é interessante observar o roteiro prático elaborado pelo Tribunal de Contas da União para as aquisições diretas:

- a. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
- b. justificativa da necessidade do objeto;
- c. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
- d. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, das unidades e quantidades a serem adquiridas;
- e. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;
- f. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
- g. razões da escolha do fornecedor do bem, executante da obra ou prestador do serviço;
- h. juntada aos autos do original da(s) proposta(s);
- i. juntada aos autos do original ou cópia autenticada ou conferida com o original dos documentos de habilitação exigidos:
 - os documentos de habilitação quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado, desde que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei no 8.666/1993;
 - nesse caso, deverá ser juntada aos autos cópia do certificado, com as informações respectivas;
- j. declaração de exclusividade, quanto à inexigibilidade de licitação, fornecida pelo registro do comércio do local onde será realizada a contratação de bens, obras ou serviços, ou pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda por entidades equivalentes;
- k. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, acompanhadas dos elementos necessários que as caracterizem, conforme o caso;
- l. justificativa do preço;
- m. pareceres técnicos e/ou jurídicos;
- n. se for o caso, documento de aprovação dos projetos de pesquisa para os quais os bens serão alocados;
- o. inclusão de quaisquer outros documentos necessários à caracterização da contratação direta;
- p. autorização do ordenador de despesa;
- q. comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;
- r. 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;
- s. emissão da nota de empenho respectiva;
- t. assinatura do contrato ou retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, quando for o caso.

29. Para a consecução do objetivo pretendido no presente procedimento, torna-se imprescindível a visualização de documentação correspondente a comprovação e atendimento dos requisitos legais insculpidos no art. 74, III da Lei nº 14.133/2021. Dentre essas, cabe destacar a necessidade de existência dos seguintes documentos:

- a. Solicitação do serviço contendo a indicação do setor responsável, descrição do objeto, o valor estimado, a indicação dos recursos próprios para a despesa e a assinatura do requisitante.
- b. Justificativa com a explicitação dos fatos motivadores da solicitação.
- c. Documentos relativos a comprovação/justificativa da singularidade do serviço e notória especialização do contratado.
- d. Comprovação de preço compatível com aqueles cobrados pelo contratado em outros serviços equivalentes.

30. No presente caso, pretende-se a contratação do Departamento De Água, Arroios e Esgotos de Bagé-DAEB para o abastecimento de água e esgoto para os prédios I e II da Reitoria da UNIPAMPA, conforme autorizado pelo art. 74, inciso I da Nova Lei de Licitações:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

31. Assim, mediante as razões acima, entende-se pela legalidade do procedimento, pois atestada natureza singular do serviço e a notória especialização da contratada, nos termos do artigo 74, inciso I da Lei nº 14.133/2021, a autorizar a contratação direta. A inexigibilidade de licitação, no caso, ainda se amolda à Orientação Normativa AGU nº 18, de 01 de abril de 2009.

32. Quanto aos aspectos formais, importante que seja colacionada justificativa para o preço apresentado pela pessoa a ser contratada, nos termos do disposto no artigo 72, parágrafo único, VII, da Lei nº 14.133/2021, o qual cabe fazer nova transcrição: (grifamos)

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- 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.

33. Assim, o preço sugerido pode ser comparado aos valores exigidos, em razão de objeto similar, com outras entidades ou empresas. E caso haja impossibilidade nesse sentido, o preço pode ser avaliado e justificado segundo as condições de mercado. Com isso, restará demonstrada a inexistência de sobre preço em relação ao objeto da contratação, resguardando o gestor.

34. Em casos de contratação de serviço é recomendável a formalização de instrumento contratual para o detalhamento das obrigações das partes, sendo dispensável na presente situação, entretanto, em virtude da prestação imediata, ainda que por período determinado do serviço, podendo ser substituído pela nota de empenho, conforme artigo 95, § 1º da Lei nº 14.133/2021.

3. CONCLUSÃO

35. Nestes termos, observadas as orientações gerais acima, aprova-se a contratação direta com base no artigo 74, I, da Lei no 14.133/2021.

36. É o parecer, salvo melhor juízo e ressalvados os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como o juízo de mérito e oportunidade, porquanto próprios da Administração, e, como tais, alheios às atribuições deste órgão jurídico.

João Batista da Fontoura Marques
Procurador Federal - Chefe
PF/UNIPAMPA

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 28a Ed., São Paulo: Malheiros, p. 546.

[2] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 7a ed., 2a tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 531.

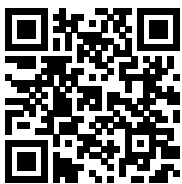
[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 28a Ed., São Paulo: Malheiros. p. 547-548.

[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 6a Ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 200.

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 634-635.

[6] Segundo a Orientação Normativa no 016/2009 da AGU, compete aos órgãos competentes pela contratação a responsabilidade para verificar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23100007233202313 e da chave de acesso 527e3041



Documento assinado eletronicamente por JOÃO BATISTA DA FONTOURA MARQUES, 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 1142460317 e chave de acesso 527e3041 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOÃO BATISTA DA FONTOURA MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-04-2023 16:26. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
