



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 000077/2024

INTERESSADO: Diretoria Administrativa

ASSUNTO: FORNECIMENTO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO – FORNECEDOR EXCLUSIVO – INEXIGIBILIDADE - POSSIBILIDADE.

À GERÊNCIA DE CONTRATAÇÕES,

Trata-se de requisição de despesa da Comissão de Planejamento conforme autorizado no processo nº 37/2024, solicitando contratação de serviço de fornecimento de água e tratamento de esgoto - CESAN.

Inicialmente, quanto à questão formal, verificamos que o presente procedimento tramita na forma eletrônica, e vêm instruído com os seguintes documentos: (a) Documento de Formalização de Demanda (DFD) – fls. 02-03; (b) Contrato de exclusividade da Cesan - fls. 05-34, (c) Declaração de dispensa de ETP – fls. 35, (d) Termo de Referência – fls. 42-46; (e) aprovação do TR – fls. 49; (f) nota de pré empenho – fls. 52.

O presente processo chega a esta Procuradoria com a indagação da possibilidade de considerar a Nota de Empenho como objeto contratual, ante a dificuldade e morosidade de formalização do termo contratual com as grandes concessionárias.

O objeto da contratação é o fornecimento de água e tratamento de esgoto, visando o funcionamento do prédio da Câmara Municipal de Anchieta.

Trata-se de despesa de natureza essencial, sem a qual seria impossível o funcionamento de diversos departamentos do Legislativo. Assim, considera-se que a despesa foi devidamente motivada, nos termos do artigo 45 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Tendo em vista as peculiaridades encontradas nas contratações de fornecimento de serviço público na qual a Administração Pública aparece como simples usuária, temos a manifestar:

Anotamos que a Constituição Federal (em seu artigo 37, inciso XXI) e a Lei de Licitações e Contratos trazem como regra a obrigação de realizar o procedimento licitatório antes da contratação de bens ou serviços pela Administração Direta e Indireta, bem como





Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

pelas demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ocorre que a própria Constituição da República admite que esta regra não deve ser seguida de forma absoluta, dispondo a Lei 8.666/93 e sua sucessora a Lei 14.133/2021 sobre os casos excepcionais em que a Administração poderá contratar sem a necessidade de rigorismo licitatório.

Com advento da Nova Lei de Licitações - NLL nº 14.133/21, restou expresso no caput do artigo 74 ser inexigível a licitação quando inviável a competição. Essa redação reitera ao anteriormente já disposto no artigo 25 da lei 8.666/1993 e trata da inviabilidade da competição em razão da ausência de alternativas de contratação, ou seja, quando não há pluralidade de fornecedores para executar o serviço.

Da mesma forma trata a portaria nº 164/2023, editada por esta Casa de Leis em seu artigo 7º.

Será então com essa nova roupagem legal, de inexigibilidade de licitação por ausência de concorrência, que se encaixará a contratação acima eis que, é único o fornecedor, em nossa região.

O próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra, ao ressaltar os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, especificados na legislação.

Tanto na Lei n. 8.666/93, quanto na sua sucessora, Lei n. 14.133/2021, dentre os casos excepcionados pela legislação estão, de um lado, aqueles nos quais a própria competição revela-se impossível, situação denominada de “inexigibilidade”, e de outro lado, aqueles nos quais, embora teoricamente viável, a competição de algum modo pode conduzir a um resultado não satisfatório ao interesse público, legitimando-se, pois, o afastamento da competição, situação que a lei chamou de “dispensa”.

Na dispensa o objeto é licitável, mas se permite que a Administração, nos casos previstos em lei, dispense a licitação; já a inexigibilidade representa caso em que há inviabilidade material ou jurídica de competição, tornando impossível a realização de certame licitatório.

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu artigo art. 74, I:





Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

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 comerciais exclusivos;

Assim, considerando a disposição legal quanto à contratação de serviço público na qual a Administração Pública aparece como simples usuária, entendemos que a inexigibilidade de licitação é, s.m.j., medida que se impõe à Administração Pública contratante.

Sendo inexigível a licitação para efetivar a contratação temos o empenho por estimativa com previsão legal no artigo 60, § 2º da Lei 4.320/64, que assim dispõe:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

(...)

§ 2º Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

O artigo 61 da mesma lei estabelece que para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará entre outros o nome do credor, vejamos:

Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

Assim para realizar o empenho, mesmo que por estimativa, deve constar o nome do credor. No caso presente a CESAN é a concessionária de serviço público que tem o fornecimento exclusivo, não havendo outra alternativa de fornecimento de água e tratamento de esgoto.

Por outro lado, sabemos também da hipossuficiência dos contratantes perante as grandes concessionárias de serviços, restando apenas a opção celebrar um contrato por adesão, no qual não é possível que seja discutido ou modificado o seu conteúdo.





Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

CONCLUSÃO: Diante do exposto concluímos pela POSSIBILIDADE de considerar a Nota de Empenho como objeto contratual, ante a dificuldade e morosidade de formalização do termo contratual com as grandes concessionárias, contudo consideramos algumas ressalvas:

1 – Ante a iminência de sofrermos suspensão no fornecimento do serviço essencial, qual seja água potável e tratamento de esgoto, sugerimos a aceitação da nota de empenho, desde que o quanto antes sejam reunidos esforços para pactuação do termo contratual.

2 – Fica mantida a inexigibilidade da licitação somente enquanto perdurar a situação de mercado na qual uma única empresa oferece o serviço desejado no município de Anchieta-ES. A propósito, de acordo com o art. 74, §1º, da Lei n. 14.133/2021, para fins de comprovação da condição de fornecedor exclusivo, "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 comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica". Assim, em cada contratação futura de fornecimento de serviço dessa mesma natureza sob a batuta da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, deverá ser certificada a permanência da situação de exclusividade, juntando, nos autos respectivos, documentação idônea comprobatória dessa condição.

3 - Para realização do empenho deve constar o nome do credor. No caso presente a CESAN é a concessionária de serviço público que tem o fornecimento exclusivo, não havendo outra alternativa de fornecimento de água potável.

4 - Antes do prosseguimento, alertamos quanto a necessidade de juntada ao presente processo das certidões de regularidade econômica, fiscal e trabalhista e a devida **autorização da autoridade competente.**

É o parecer, salvo melhor juízo.

Anchieta, 05 de fevereiro de 2024.

JAKELINE PETRI SALARINI
Procuradora Geral

