



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

PARECER JURÍDICO DE Nº. 14/2022

LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE.
CONTRATAÇÃO DE CONCESSIONÁRIA E
PRESTAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTOS
SANITÁRIOS, PARA ESTA AUTARQUIA.

1. CONSULTA

Trata-se de encaminhamento para análise desta Assessoria Jurídico-Administrativa, quanto a possibilidade de contratação de concessionária para prestação e administração de serviços públicos de água e esgotos sanitários, para esta autarquia.

É a síntese da consulta.

2. PARECER

O Estado tem como objetivo o atendimento ao interesse público. Para atingir esse objetivo, muitas vezes precisa contratar com terceiros para a realização de obras e serviços e aquisição de bens. No entanto, diversamente do que ocorre na iniciativa privada, o agente público não é livre para contratar com quem lhe aprouver, mas seus contratos dependem, via de regra, de um procedimento seletivo.¹

¹ Helio Saul Mileski, citando Darcy Azambuja, define Estado como "a organização político-jurídica de uma sociedade para realizar o bem público, com governo próprio e território determinado." (*O Contrato de Gestão Pública*, 2002 - p. 26)

² Segundo Silvio Roberto Seixas Rego "O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988 determina que a Administração Pública, aqui em sentido lato, somente poderá contratar obras, serviços, efetuar compras e alienações, através de procedimento licitatório com vistas a obter a proposta mais vantajosa e proporcionar tratamento igualitário entre aqueles interessados em contratar com a



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

Hely Lopes Meirelles conceitua licitação como:

“o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.”

Já o conceito de licitação dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza a concorrência entre os participantes:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”

Sendo a **contratação** pretendida pela Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, como de fato se trata, tal negócio jurídico devera estar em conformidade com os ditames do art. 37, “caput” e inciso XXI, da Constituição Federal, que dispõem “*in verbis*”:

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

Administração () Em breve síntese, no direito positivo privado nacional, os particulares contratam e se obrigam com fundamento na teoria da autonomia da vontade, valendo dizer, contratam aquilo que do seu ponto de vista pareçam lhes mais vantajoso e que não seja proibido por lei. Assim, o particular pode contratar aquilo que desejar, desde que o objeto de contrato seja lícito. Desse modo, emerge que a vontade livremente manifestada dos particulares, com algumas exceções, os vinculam aos termos do combinado, ou seja, obrigam-se mutuamente diante do pactuado, cabendo a cada um cumprir com a sua contraprestação. Todavia, diverso ocorre quando o particular contrata com a Administração Pública. Nestes casos, o interessado responde ao chamamento do ente, submetendo-se a condições previamente estabelecidas pelo Edital. Decorre daí que, muito embora a sua vontade também se manifeste, esta manifestação somente se dá no sentido de querer ou não contratar, pois as condições pré-contratuais e da contratação propriamente dita são previamente estipuladas pela Administração. Daí, o porquê as relações contratuais entre a Administração e o particular (o administrado) são reguladas por normas do Direito Administrativo, valendo dizer, normas do Direito Público onde o interesse do particular sucumbe frente a supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Assim, o ente público no exercício da sua função administrativa para contratar, deve convocar, chamar, como regra geral, e a fim de se obter uma maior vantagem, seja técnica ou econômica, a maior quantidade possível de interessados, que atendendo tal chamamento estarão aceitando previamente as condições do contrato estabelecido pelo ente. (Processo licitatório, contraditório e ampla defesa, doutrina e jurisprudência, 2003, p. 77/78)

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª Ed. 2002, p. 23

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Cursos de Direito Administrativo*, p. 466



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Municipio

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em nível infraconstitucional, as aquisições e contratações efetuadas pela Administração Pública subordinam-se à Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, também denominada Estatuto das Licitações e Contratos, ou, simplesmente, Lei das Licitações e Contratos, como estabelece o seu art. 1º, "in verbis":

"Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios."

Assim sendo, o caso em tela deverá estar balizado pelo que dispõe a Lei n. 8.666/93, denominada Lei das Licitações e Contratos, que rege as aquisições efetuadas pela Administração Pública federal, estadual, municipal e do distrito federal em conjunto com a Lei n. 10.520/2002, sendo necessária, em primeiro lugar, definir o que são bens e serviços comuns e a verificação da viabilidade de adoção do pregão.

2.1 – POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA.

No direito brasileiro, a licitação é a regra, sendo obrigatória sua adoção, pela Administração Pública, ressalvados os casos de dispensa de licitação, estabelecidos na legislação ordinária.

Havendo contratação direta deverá ser observada a Lei Federal nº 8.666/93 e dar-se-á tão-somente em circunstâncias excepcionais jamais em situações rotineiras e duradouras.

Vejamos a justificativa:

[...]

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

Constituição Federal de 1988, circundada pela Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, preveem a possibilidade do caráter de exclusividade na outorga de concessão ou permissão, face à inviabilidade técnica, o que ocorre no presente caso, tendo em vista que essa incide em determinada área específica e por prazo determinado; logo deverá aplicar-se a modalidade de inexigibilidade, imiscuída no inc. I do Art. 25 da Lei federal Nº 8.666/93, conforme exsurge dos alvitre do Administrativista Chales, Ronny Lopes de Torres (2014, p. 276), ei-lo: "Sendo hipótese de único fornecedor, tecnicamente será verificada uma situação de inexigibilidade, em que a contratação deverá ser adequada à situação prevista no inciso I do artigo 25 do estatuto."

Assim, vencidos os requisitos necessários para uma contratação direta, seja nos moldes do art. 25, *caput*, seja nos moldes do art. 24, inc. XXII, ambos da Lei nº 8.666/93, vejamos, agora, as condições formais para a composição do presente processo de inexigibilidade de licitação.

1 - Razão da escolha do fornecedor ou executante - A escolha da empresa DESO não foi contingencial. Prende-se ao fato de que ela se enquadra, perfeitamente, no dispositivo enumerado na Lei de Licitações e Contratos, consoante o já demonstrado acima, como *conditio sine qua non* à contratação direta. E não somente por isso, mas, principalmente, por ser a única prestadora dos serviços aqui pretendidos, prestados com exclusividade em regime de concessão.

2 - Justificativa do preço - Os preços apresentados pela DESO estão estabelecidos de acordo com os preços praticados pela mesma no mercado. Ademais, os preços apresentados pelos produtos e serviços a serem adquiridos encontram-se dentro de parâmetros aceitáveis e de acordo com os padrões de mercado estabelecidos pela tabela de serviços da Empresa, além de ser a mesma a única prestadora dos serviços. Outrossim, para que algo seja compatível com outro, é preciso que haja uma coexistência harmoniosa entre ambos no mundo comum; assim, para que um preço seja compatível com o de mercado, é preciso que exista, pelo menos, outra empresa, de mesmo porte e capacidade, que, *pari passu*, preste o mesmo serviço e apresente um preço similar ao primeiro, e, principalmente, que ofereça o serviço na mesma localidade, o que é impossível, como já vimos, por se tratar de concessão. Assim, no caso da DESO, seus serviços e produtos prestados são únicos para a localidade em que serão prestados, não cabendo, portanto, comparativos, verificados, facilmente, pela unicidade e individualidade dos serviços e produtos a serem prestados, tornando seus preços, pela não coexistência, incompatíveis de se comparar com o mercado, mas, apenas, por impossível a comparação, em virtude da especificidade e unicidade dos préstimos, e não pelo valor, entretanto, convém ressaltar, preços justos e dentro de parâmetros aceitáveis.

Reponta extreme de dúvidas, portanto, que a situação que se nos apresenta, conforme aqui intensiva demonstrada é, tipicamente, de Inexigibilidade de Licitação, corroborada pela Dispensabilidade. E, nesse diapasão, é-se permitido ao administrador afastar-se da licitação, mediante a relevância do interesse público, do



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

bem comum, da altivez dos bens aqui tutelados, e principalmente, da inviabilidade de competição. Afinal, a Constituição tutela outros princípios, além do da igualdade.

[...]

Por outro lado, cabe ressaltar que nos termos do inciso XVII, Art. 24 e Art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, as situações de dispensa devem ser necessariamente justificadas. Esta providência deve ser oportunamente levada a efeito.

Por derradeiro, cumpre realçar que, caso a área técnica competente discorde das orientações emanadas neste pronunciamento, deverá carrear aos autos as justificativas necessárias para embasar a celebração da pretendida avença, sem a necessidade de retorno do feito a esta Consultoria Jurídica.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a posição desta Procuradoria é pela possibilidade de contratação legal a partir do procedimento escolhido, encaminhe-se para autoridade competente.

É o parecer.

Itabaiana SE, 29 de março de 2022.

JOSE ALVES SANTANA DE OLIVEIRA
Procurador Municipal
OAB SE nº 485-B