



Licitação - Campus Muriaé <licitacao.muriae@ifsudestemg.edu.br>

Fwd: parecer CEMIG

1 mensagem

Nádia Gomes Sarmiento <nadia.sarmiento@ifsudestemg.edu.br> 19 de fevereiro de 2018 11:23
Para: Isaac Euzébio de Faria <isaac.euzebio@ifsudestemg.edu.br>, Licitação - Campus Muriaé
<licitacao.muriae@ifsudestemg.edu.br>

Prezado Isaac,

Para instrução do processo da CEMIG, segue o parecer anexo, que propaga entendimento ao qual nos filiamos.

Att.

Nádia Gomes Sarmiento

Procuradora Federal

Chefe da PF/IF SUDESTE MG

www.agu.gov.br/pgf

Descrição: Descrição: Descrição: Descrição: Descrição:
cid:image007.jpg@01CE0E0C.051483B0

Essencial à Justiça! Indispensável à Nação!

 **parecer n 01010-2014-DLIC-PFEINSS-AGU.pdf**
528K



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO
SOCIAL
DIVISÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
SETOR DE AUTARQUIAS SUL QUADRA 2 BLOCO O 3º ANDAR

PARECER n. 01010/2014/DLIC/PFEINSS/AGU

NUP: 35000.000740/2014-34

INTERESSADOS: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ASSUNTOS: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ÁGUA, ENERGIA ELÉTRICA, GÁS, ENTRE OUTROS)

I. Contratação direta. Fornecimento de energia elétrica. Dispensa ou inexigibilidade de licitação. Entendimentos do TCU. Parecer nº 064/2011/DECOR/CGU/AGU. Necessidade de comprovação, no caso concreto, da exclusividade na prestação dos serviços.

II. Requisitos formais da contratação direta. Considerações.

III. Minuta do contrato. Administração usuária de serviço público. Contrato de adesão. Considerações.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria Administrativa,

Relatório

1. Trata-se de processo encaminhado a esta Procuradoria para análise e manifestação acerca possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da CEB DISTRIBUIÇÃO S/A., com base no art. 25, *caput*, da Lei 8.666/93, com vistas à prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica em favor dos edifícios onde se situam as unidades operacionais do INSS localizadas no SBN, Qd. 02, Bloco J, Ed. Paulo Maurício, Brasília/DF e no SBS, Qd. 02,

Bloco P, Brasília/DF, vinculadas à Administração Central da autarquia.

2. No que importa à presente análise, os autos foram instruídos com os seguintes documentos:
 - a. Solicitação da execução do serviço pela área interessada (fls. 01);
 - b. Cópia do Contrato de Concessão celebrado entre a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a CEB, bem como do Primeiro e Segundo Termos Aditivos a ele firmados (fls. 05/44);
 - c. Faturas de energia elétrica emitidas pela CEB, relativas ao período de dezembro de 2013 a julho de 2014 (fls. 45/329);
 - d. Projeto Básico (fls. 330/334v) e respectivo anexo contendo as tarifas aplicáveis ao caso (fls.336);
 - e. Minuta do contrato (fls. 338/342);
 - f. Extratos de consulta ao CADIN, CNDT, CEIS e SICAF (fls. 344/347);
 - g. Despacho do Serviço de Atividades Gerais (fls. 348);
 - h. Atesto de disponibilidade orçamentária para fazer frente às despesas (fls. 350);
 - i. Aprovação do projeto básico e autorização da Coordenadora-Geral de Licitações e Contratos para abertura do processo de contratação na modalidade de inexigibilidade de licitação n.º 16/2014 (fls. 351).
3. Em seguida, vieram os autos a esta Procuradoria.
4. É o breve relatório. Passo à fundamentação.

Análise Jurídica

II. 1. – Da forma de contratação

5. A contratação direta pela Administração Pública, isto é, sem procedimento licitatório prévio, é exceção ao dever geral previsto na Constituição da República (art. 37, inciso XXI), somente sendo possível nas hipóteses previstas em Lei federal – competência privativa da União (CRFB, art. 22, XXVII).
6. Na lição de Marçal Justen Filho[1], isso significa que *“a Constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei”*.
7. Assim, os casos de dispensa de licitação estão delineados, de forma taxativa, nos incisos do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, expressando situações em que se facultou à Administração Pública realizar, ou não, procedimento licitatório, a mercê de seu poder discricionário de conveniência, oportunidade e, sobretudo, interesse público.
8. Já o art. 25 da norma em comento refere-se à inexigibilidade de licitação, ou seja, situação em que o procedimento de seleção seria inócuo, tendo em vista a inviabilidade de competição, por características do mercado que escapam à alçada do administrador público, para a contratação de certos objetos de que a Administração Pública necessite. Conforme ampla doutrina e jurisprudência, o rol apresentado nos três incisos do dispositivo é exemplificativo.
9. Ronny Charles Lopes de Torres[2], distinguindo as duas formas de contratação direta, ensina que *“diferentemente da dispensa, em que a competição é possível, porém o legislador permite não fazê-*

la; na inexigibilidade, a competição é inviável, o que torna inócuo o procedimento licitatório, cuja razão de ser é, justamente, fomentar a competição em busca da melhor proposta, para o atendimento do interesse público”.

10. Ainda nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[3] *“a diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”* (grifos conforme original).
11. Versando sobre o objeto dos autos, vale recordar que a Constituição conferiu à União a competência para explorar os serviços de energia elétrica, podendo, todavia, também fazê-lo mediante concessão pública, nos seguintes termos:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

12. Existe, em virtude da política energética brasileira, uma dúvida a respeito do amparo legal para a contratação, no âmbito da Administração Pública usuária, do fornecimento de energia elétrica. Certo é que precisa contratá-lo, pois, sem isso, não concretiza o interesse público. No entanto, há celeuma a respeito do fundamento tido como correto, a saber, se a hipótese configura dispensa (art. 24, inciso XXII, da Lei n.º 8.666/1993) ou inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993), nos moldes dos dispositivos a seguir transcritos, respectivamente:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

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

13. Marçal Justen Filho[4], um dos poucos doutrinadores que desafiam o legislador neste aspecto, afirma que *“rigorosamente, as hipóteses dos incs. X, XV, XIX, XXII, XXV, XXVI e XXVIII não caracterizam dispensa de licitação, mas inexigibilidade. Assemelham-se à situação descrita como ausência de viabilidade de competição, em alguns casos pela não existência de potencialidade de benefício”* (sem grifos no original). Acrescenta que *“a hipótese do inc. XXII não se subordina perfeitamente a nenhum dos casos. Trata-se, muito mais, de ausência de licitação em vista da aplicação dos princípios da legislação específica acerca de um serviço público cujas características são totalmente singulares. A situação se assemelha ao caso de inexigibilidade [...]”*.

14. A dúvida entre a contratação direta mediante inexigibilidade ou dispensa de licitação decorre, na

verdade, da reformulação do setor energético brasileiro, iniciado com as privatizações de estatais compreendidas durante a reforma do Estado na década de 90 do século XX, em que as atividades de distribuição e de geração de energia elétrica foram dissociadas, sujeitando-as, em diferentes graus, à competição de mercado. Como pondera Justen Filho[5], “[...] a atividade de geração de energia elétrica foi aberta à competição, inclusive com algumas hipóteses de descaracterização de serviço público. A transmissão de energia continua a ser um serviço público sob regime de monopólio, ainda que se cogitem de exceções. A distribuição é reconhecida como serviço público, mas com crescente abertura à competição, o que é incrementado por meio de atividades específicas de comercialização”.

15. O doutrinador ora em destaque[6], ao mesmo tempo em que evidencia a complexidade do disposto no art. 24, inciso XXII, da Lei de Licitações, esclarece bem os contornos da questão da contratação direta para o fornecimento de energia elétrica, ressaltando que a conclusão acerca do caminho adequado depende da análise da legislação específica:

Em verdade, o dispositivo [art. 24, XXII, da Lei n. 8.666/1993] abarca uma plêiade de situação radicalmente distinta e diversa. Existem entidades administrativas que assumem a condição de consumidoras de energia elétrica em situação equivalente à de qualquer outro usuário não residencial. Há entidades administrativas que desempenham funções regulatórias de mercado ou cujo objeto social envolve atividades relacionadas com a energia (geração, transmissão e distribuição). Enfim, alguns são consumidores de energia, enquanto outros tem (*sic*) por objeto operações envolvendo energia. [...] No que se afigura como mais relevante em termos estatísticos, tem de reconhecer-se que as entidades administrativas consumidoras de energia estão obrigadas a adotar procedimentos para selecionar propostas de fornecimento de energia, visando a obter o preço e as condições mais vantajosas. Ou seja, não é possível que resolvam arcar com encargos superiores aos que seriam necessários, transferindo para os contribuintes o encargo de pagar a conta correspondente. **Haverá casos em que o dispositivo enfocado não terá maior efeito, em virtude da ausência de alternativa para o órgão administrativo. São aquelas situações em que o sujeito estatal será configurado como um consumidor cativo, beneficiando-se do fornecimento de energia promovido por uma concessionária de serviço público (em virtude da ausência dos requisitos para contratação de energia de outra origem).** Haverá hipóteses em que estarão presentes os pressupostos para uma solução negociada. Enfim, haverá supostos em que o ente estatal atuará como agente explorador de atividades de energia elétrica, em que a aquisição da energia será um meio para o desenvolvimento do seu objeto. Cada hipótese merece tratamento jurídico distinto, que dependerá da legislação específica do setor energético. [...] Em outras palavras, a disciplina da contratação promovida por entidade administrativa para obtenção de energia elétrica não se encontra no inc. XXII do art. 24, mas na legislação específica do setor elétrico. (sem grifos no original)

16. No estudo de Luiz Eduardo Diniz Araújo[7], encontramos as situações em que pode haver competição para o fornecimento de energia elétrica a entidade da Administração Pública:

Outro aspecto extremamente importante desse diploma foi o novo enquadramento para a

figura do **consumidor livre**, que é o consumidor que possui a faculdade de escolher o seu fornecedor de energia. Diferentemente do consumidor cativo, que adquire energia necessariamente da concessionária de distribuição em cuja área de concessão esteja localizado, o consumidor livre pode optar por contratar o fornecimento de energia de qualquer comercializador de energia, seja este um gerador ou não. O critério para o enquadramento como consumidor livre é a carga. Nos termos do art. 16 [da Lei nº 9.074/1995], "é de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica". Ao que se observa, o consumidor livre pode adquirir energia de um agente diferente do concessionário de distribuição ao qual se encontra conectado. Assim é que se começa a se falar em separação entre a contratação do fornecimento de energia e a contratação do uso do fio. Nesse sentido, o art. 15, § 6º, assegura aos geradores e aos consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido. O art. 15, § 5º, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 28 de maio de 1998, dispõe que a saída do consumidor livre do mercado da distribuidora, que é vista como risco do negócio de distribuição de energia, não poderá importar em aumento tarifário para os consumidores cativos remanescentes. A respeito do consumidor livre, a sua migração da rede de distribuição para a rede de transmissão também deve ser entendida como risco ordinário do negócio de distribuição de energia elétrica, notadamente ao se considerar que os consumidores livres, por disposição legal, podem optar pela contratação do transporte de energia diretamente junto ao detentor das redes de distribuição ou então perante o detentor das redes de transmissão, nos termos do art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. **Dessa forma, não existe monopólio jurídico por parte das distribuidoras em relação aos consumidores livres, seja em relação à venda de energia, seja em relação ao uso do fio.** [...] A propósito de consumidor livre, deve-se mencionar o consumidor especial, que é a classificação dada aos consumidores responsáveis por unidade consumidora ou conjunto de unidades consumidoras do Grupo A, integrante do mesmo submercado do SIN, reunidas por comunhão de interesse de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500kW, que não se enquadram como consumidores livres, e que poderão adquirir energia de PCHs ou de geradores de fontes alternativas (solar, eólica, biomassa) com potência entre 1mW e 30mW. O consumidor especial se encontra atualmente previsto no art. 26, § 5º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.943, de 29 de maio de 2009. (sem grifos no original)

17. Ao que tudo indica, existiria, em tese, na forma da Lei nº 9.074/1995, pluralidade de fornecedores de energia elétrica para o INSS, caso a autarquia se enquadrasse como consumidor livre ou especial, fato que afastaria a inexigibilidade de licitação. Não se pode olvidar, entretanto, que, como bem observa Marçal Justen Filho[8], "*a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormal, enquanto a dispensa é uma criação legislativa*". Portanto, a inviabilidade de competição - e a conseqüente inexigibilidade do processo licitatório - deve ser aferida diante do panorama fático, independentemente da possibilidade formal e abstrata, prevista em lei, de mercado concorrencial para o objeto que se pretende contratar.

18. Por conta disso, apenas por meio da identificação de efetivo cenário competitivo é que se poderia cogitar, a nosso ver, da dispensa de licitação. Se o fornecimento de energia elétrica só puder ser realizado por uma concessionária local, considerando a demanda e/ou a característica do mercado, inevitavelmente se estará diante da figura da inexigibilidade. Este é o entendimento de que compartilha o Procurador Federal René da Fonseca e Silva Neto[9], em breve artigo que pedimos vênua para transcrever:

Permeiam no seio da comunidade jurídica dúvidas acerca do fundamento legal para a contratação de empresa fornecedora de energia elétrica para o Poder Público. Analisando *in loco* diversos procedimentos administrativos em algumas autarquias federais, percebi que ora a contratação é considerada dispensa de licitação (com fulcro no artigo 24, XXII da Lei nº 8.666/93) e ora é fundamentada na inexigibilidade de licitação (artigo 25 da mesma Lei).

Dessa feita, penso ser importante, desde logo, trazer à baila os retromencionados dispositivos para maior esclarecimento da questão. [...]

A Lei nº 8.666/93 possui supedâneo no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam, a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Sendo assim, o legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório. A dispensa de licitação, assim como sua inexigibilidade, é uma dessas modalidades de contratação direta.

Antes de adentrar propriamente no debate proposto, insta tecer comentários acerca das duas modalidades acima elencadas. A dispensa de licitação é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos no art. 24 da Lei 8.666/93. Observa-se que a referida lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo. Neste sentido, as lições do renomado Jessé Torres Pereira Júnior: "As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade".

Além disso, ressalte-se que, nestes casos relacionados pela legislação, há a discricionariedade da Administração na escolha da dispensa ou não do certame, devendo sempre se levar em conta o interesse público. Muitas vezes o administrador opta pela dispensa, posto que, como afirma o ilustre Marçal Justen Filho, "*os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir*".

Já a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, ou seja, é impossível promover-se a competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, inibindo os demais pretendentes participantes.

Saliente-se que o rol normativo do art. 25 do Estatuto das Licitações diferencia-se do da dispensa, uma vez que tem natureza exemplificativa, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria.

Desta forma, conclui-se que nos casos de dispensa, previstos em lei, o administrador tem a **faculdade** de licitar ou não, enquanto que na inexigibilidade, há **impossibilidade** de ser realizado o procedimento de competitividade para aquisição da proposta mais vantajosa para a Administração.

Entretanto, nota-se que os setores técnicos dos entes federais estão fundamentando, quase que sem exceção, todas as contratações de empresa fornecedora de energia elétrica com base no artigo 24, XXII do Estatuto das Licitações. *Permissa venia*, este não é o melhor entendimento.

Para alocação da contratação de empresa fornecedora de energia elétrica como uma dispensa de licitação, necessário que alguns requisitos sejam atendidos. Atente-se que, consoante já asseverado em linhas precedentes, a dispensa de licitação traduz uma hipótese excepcional prevista pelo legislador ordinário de disposição de verba pública com ausência de licitação. Para tanto, deve ser resguardada a compatibilidade com o objetivo constitucional dos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Assim é que um requisito imprescindível para a instrução do procedimento de dispensa de licitação é a pesquisa de preços. Dessa feita, se há a necessidade de pesquisa de preços, é porque existe mais de uma empresa capaz de fornecer o serviço desejado pela Administração, garantindo, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa.

Todavia, se existir apenas uma empresa fornecedora de energia elétrica na região? Seria caso para dispensa de licitação com fulcro no artigo 24, XXII da Lei nº 8.666/93? Penso que a resposta seja negativa. É justamente aqui que reside o cerne do presente estudo: a fundamentação da contratação de empresa fornecedora de energia elétrica para o Poder Público vem sendo feita, indiscriminadamente, com fulcro na dispensa de licitação.

Ocorre que a obtenção da correta fundamentação legal passa intrinsecamente pelo esclarecimento da Administração se o fornecimento de energia pela concessionária é exclusivo ou se, no caso de resposta negativa, se a citada empresa é a única capaz de oferecer energia elétrica suficiente a atender a demanda do Poder Público naquele local. Em ambos os casos, não haveria competitividade, desaguando necessariamente na aplicação do artigo 25, caput da Lei nº 8.666/93. Interessante anotar o disposto na Lei nº 9.074/95, que exclui em grande parte a possibilidade de concessão do serviço de energia elétrica com exclusividade, *in verbis*:

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, **a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica** a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.

§ 1º Decorridos três anos da publicação desta Lei, os consumidores referidos neste artigo poderão estender sua opção de compra a qualquer concessionário, permissionário ou

autorizado de energia elétrica do sistema interligado. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.

Por conseguinte, **se há mais de uma empresa com capacidade de fornecer o multicitado bem, o procedimento pode/deve correr por dispensa de licitação com fulcro no artigo 24, XXII do Estatuto das Licitações.** Contudo, é imprescindível a juntada de pesquisa de preços. Frise-se: a possibilidade de dispensa somente se configurará se houver, igualmente, possibilidade de competição entre dois ou mais interessados. Sem competição, não há dispensa.

Por fim, no que toca à natureza jurídica da energia elétrica, há entendimentos de que ela não poderia ser enquadrada como serviço. A tese se fundamenta na idéia de que a contratação se reveste numa necessidade contínua de obtenção de energia pela Administração, mas não num serviço, que pressupõe, evidentemente, uma prestação de fazer e não de dar. A concessionária não prestaria qualquer serviço, mas, antes, forneceria um bem, qual seja, energia elétrica, comparada a bem móvel para efeitos legais, concluindo-se pela obrigatoriedade de utilização do inciso I do artigo 25 no casos de inexigibilidade de licitação.

Contudo, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente decidindo de forma contrária, manifestando a intelecção de ser o fornecimento de energia elétrica um serviço. Destaco, entre os arestos, o Acórdão 1240/2005 – Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, Ata 32/2005 – Plenário, Sessão 24/08/2005, Aprovação 31/08/2005, DOU 02/09/2005 e, mais recentemente, o Acórdão 1980/2008 – Plenário, Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Publicação, Ata 36/2008-Plenário, Sessão 10/09/2008, Aprovação 11/09/2008, DOU 12/09/2008, também reconhecendo o fornecimento de energia elétrica como sendo serviço a ser prestado de forma contínua.

Como conseqüência, para os casos de inexigibilidade e tendo em vista que a prestação de serviços não se inclui no inciso I do art. 25, destaca-se que a fundamentação correta, para as contratações fundamentadas no artigo 25, será o seu respectivo caput. (grifos conforme original)

19. Outro não foi o posicionamento adotado pela Consultoria-Geral da União, no âmbito do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, por meio do Parecer nº 064/2011/DECOR/CGU/AGU - emitido com fundamento no art. 3º, inciso VI e 9º, inciso I, ambos do Ato Regimental AGU nº 05/2007 -, o qual, ao dirimir controvérsia jurídica entre a Assessoria Jurídica da Secretaria de Portos da Presidência da República e esta PFE/INSS quanto ao enquadramento da contratação direta da CEB para o fornecimento de energia elétrica, assim concluiu:

35. Percebe-se, assim, que o raciocínio adotado no presente PARECER pode ser sintetizado da seguinte forma: i) **a inexigibilidade é filtro que antecede logicamente a análise da ocorrência de hipóteses de dispensa de licitação;** e ii) **a inexigibilidade deve ser aferida no caso concreto.** Sendo assim, **ainda que haja previsão legal de dispensa para contratação de empresas fornecedoras de energia elétrica, deve-se enquadrar as referidas contratações diretas como situação de inexigibilidade todas as vezes em que cuidar-se de fornecedor exclusivo.** Da mesma forma, **é irrelevante a existência de norma que estabeleça a possibilidade de prestação da atividade por diversas empresas, desde que, no caso concreto, exista apenas um fornecedor.**
36. Ante o exposto, consideramos que **o correto enquadramento da contratação da CEB, fornecedora exclusiva de energia elétrica para a área de interesse da contratante, corresponde à hipótese de inexigibilidade de licitação, por ser situação de inviabilidade de competição questão que antecede logicamente o exame dos casos de dispensa de licitação.**
20. Não se desconhece, é certo, o entendimento do Tribunal de Contas de União – TCU acerca do assunto, no sentido de que a contratação direta do fornecimento de energia elétrica deve se dar sob a forma de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XXII, da Lei n.º 8.666/93, e não de inexigibilidade, como revelam os seguintes precedentes:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ACORDAM em:

9.1 - determinar à Escola Agrotécnica Federal de Palmas - TO, de acordo com o art. 250, II, III, do Regimento Interno do TCU que: (Vide Acórdão 237/2005 Plenário - Ata 08. Retificação do nome para Escola Técnica Federal de Palmas TO).

9.1.2 - **na contratação dos serviços de fornecimento de energia elétrica, o fundamento para dispensa de licitação deve ser o art. 24, XXII, da Lei nº 8.666/93;**

(Acórdão 1776/2004, Ministro Relator BENJAMIN ZYMLER, Plenário, DOU 23/11/04)

Assunto: DISPENSA DE LICITAÇÃO. D.O.U DE 06.02.2009, S. 1, p. 158. Ementa: determinar à DRT/GO para que **atente para a possibilidade da dispensa, com fulcro no art. 24, inc XXII, da Lei nº 8.666/9, para a contratação de fornecimento de energia elétrica** (item 9.3.4, TC – 013.226/2007-2, Acórdão 217/2009 – 2ª Câmara).

21. Todavia, como bem salientou o Parecer nº 064/2011/DECOR/CGU/AGU, *“não é essa a posição da melhor doutrina, e o raciocínio adotado não se coaduna com a ratio que informou a estruturação dos institutos da inexigibilidade e da dispensa de licitação. Ademais, não se conforma com o contexto histórico que operou a modificação do art. 24, para inclusão de seu inciso XXII”*.
22. Em face dessas considerações, entende-se que **o correto enquadramento jurídico a ser adotado nas hipóteses de contratação de empresa fornecedora de energia elétrica é aquele previsto no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93[10], salvo quando existirem empresas outras que igualmente forneçam o mesmo objeto, situação em que os fatos se amoldarão ao previsto no art. 24, inciso XXII, da Lei nº 8.666/93.**

23. No presente caso concreto, a área técnica limitou-se a declarar, no item 6.2 do projeto básico (fls. 331v), que “*Embora a CEB não seja reconhecida como concessionária exclusiva para distribuição de energia elétrica, desconhecemos outra concessionária no âmbito do Distrito Federal, o que inviabiliza a competição*”.
24. Não se pode olvidar, entretanto, que, dentre outros requisitos, que serão adiante explanados, exige o TCU[11] “*a 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*”.
25. Ainda sobre o ponto, destaco, por oportuno, que, de acordo com a Orientação Normativa n.º 16, expedida pelo Advogado-Geral da União, “*COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993*”.
26. Igualmente, a Súmula TCU n.º 255 dispõe que “*Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade*”. Consta do Acórdão n.º 207/2011-TCU Plenário, inclusive, que:

O documento “carta de exclusividade”, per si, é insuficiente para demonstrar que a empresa que o apresenta é fornecedora exclusiva de determinado produto

Mediante recurso de revisão, o Ministério Público junto ao TCU – (MPTCU) pediu a reabertura das contas anuais, do exercício de 2002, da então Delegacia Federal de Agricultura do Estado do Tocantins – (DFA/TO). As contas do órgão tinham sido julgadas regulares com ressalvas, com quitação aos respectivos responsáveis e devidas determinações. O presente recurso, então, deveu-se a diversas possíveis irregularidades praticadas na execução do Contrato nº 3/2002, firmado entre a DFA/TO e a Fundação de Apoio a Recursos Genéticos e Biotecnologia ‘Dalmo Catuali Giacometti’, e que visava, dentre outras ações, à disponibilização do Sistema de Pragas Nacionais de Valor Econômico – SPNVE para o órgão, a fim de possibilitar a manutenção e atualização em tempo real de banco de dados contendo informações sobre produtos fitossanitários registrados no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – (MAPA). Uma das irregularidades motivadoras do mencionado recurso de revisão fora a inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, sem a efetiva demonstração que a contratada era fornecedora exclusiva, uma vez que a declaração de exclusividade fornecida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal baseou-se em informações prestadas pela própria Fundação Dalmo Catuali Giacometti’ e em Carta de Exclusividade emitida pela contratada, na qual afirmava que a instituição, e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, seriam as únicas autorizadas a comercializar o SPNVE e outros produtos junto aos órgãos públicos e entidades de direito privado. Ao examinar o assunto, **o relator, após a oitiva do responsável, destacou não restar demonstrado que a contratada era, efetivamente, fornecedora exclusiva, pois, para ele, fora apresentada “apenas uma carta de exclusividade, emitida pela Federação das Associações Comerciais e Industriais do Distrito Federal, e elaborada a partir de uma declaração da própria Fundação**

contratada". Aduz, ainda, o relator que *"a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que o órgão licitante, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais ou serviços, deve adotar medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos emissores. Como não há relatos de tais medidas, a declaração não se presta para atestar a exclusividade da empresa"*. Assim, neste ponto, votou pela rejeição das justificativas apresentadas, bem como pela aplicação de multa ao responsável, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Decisão nº 047/1995, do Plenário. *Acórdão nº 207/2011-Plenário, TC-007.254/2003-9, rel. Min. Augusto Nardes, 02.02.2011.*

27. Diante disso, **necessário se mostra que a Administração adote diligências no sentido de confirmar nos autos o fato de ser a CEB a única fornecedora de eletricidade da região em que se situam os imóveis do INSS sob comento (SBN, Qd. 02, Bloco J, Ed. Paulo Maurício, Brasília/DF e SBS, Qd. 02, Bloco P, Brasília/DF)**, mormente em se considerando que, consoante a cláusula primeira, subcláusulas terceira e quarta, do Contrato de Concessão n.º 66/1999-ANEEL (fls. 05v), a CEB não recebeu a concessão de que ora se cuida em caráter exclusivo[12]. Sugere-se, sem prejuízo de providências outras, a critério do gestor, que **se diligencie a confirmação da sobredita exclusividade na prestação dos serviços junto à ANEEL, agência reguladora do setor de energia elétrica.**
28. Assim, uma vez atendidas as recomendações supra e demonstrada no caso concreto, indubitavelmente, a exclusividade na prestação dos serviços em tela por parte da CEB, a Administração poderá dar seguimento às providências administrativas com vistas a pretendida contratação direta, nos moldes do art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993; caso contrário, a contratação deverá prosseguir sob o fundamento da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso XXII, da Lei n.º 8.666/1993.
29. Sem embargo disso, entretanto, é de se ter em mente que os efeitos práticos da inexigibilidade ou da dispensa de licitação são semelhantes. O importante é observar que a contratação é possível de forma direta, ou seja, prescindindo, portanto, da abertura de um procedimento licitatório regular.

II. 2. – Dos requisitos formais

30. Caso levada adiante a contratação direta, tanto na hipótese de dispensa quanto de inexigibilidade, sabe-se que o procedimento, sob o ponto de vista formal, atenderá aos mesmos requisitos, conforme previsão constante no art. 26 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 26. **As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para **ratificação e publicação na imprensa oficial**, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de **dispensa**, de **inexigibilidade** ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

31. Em hipóteses que tais, entende o TCU[13] que devem ser satisfeitas as seguintes condições para a dispensa/inexigibilidade de licitação, a saber:

Processo administrativo de contratação direta será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei no 8.666/1993, sendo dispensa de licitação, com base nos incisos III e seguintes do art. 24 e inexigibilidade de licitação, com amparo no art. 25, observados os passos a seguir:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;

2. justificativa da necessidade do objeto;

3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;

4. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, das unidades e quantidades a serem adquiridas;

5. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;

6. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;

7. razões da escolha do fornecedor do bem, executante da obra ou prestador do serviço;

8. juntada aos autos do original da(s) proposta(s);

9. 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;

10. 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;

11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, acompanhadas dos elementos necessários que as caracterizem, conforme o caso;

12. justificativa do preço;

13. pareceres técnicos e/ou jurídicos;

14. se for o caso, documento de aprovação dos projetos de pesquisa para os quais os bens serão alocados;

15. inclusão de quaisquer outros documentos necessários à caracterização da contratação direta;

16. autorização do ordenador de despesa;

17. **comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;**
 18. **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;**
 19. **emissão da nota de empenho respectiva;**
 20. **assinatura do contrato ou retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, quando for o caso.**
32. Inicialmente, quanto aos itens 10 e 11, observo que devem ser adotadas as providências já recomendadas ao longo deste parecer, não sendo necessário repetir as sugestões formuladas.
 33. No tocante aos itens 1 e 4, consta às fls. 01 a solicitação dos serviços, tendo sido especificada no projeto básico a descrição clara do objeto (fls. 331/334) .
 34. O projeto básico, inclusive, contém a estimativa do consumo de energia pelos imóveis do INSS em questão, relativa ao período compreendido entre os meses de dezembro/2013 e julho/2014 (fls. 333). Quanto ao ponto, entretanto, **recomendável se mostra que o projeto básico apresente o dimensionamento anual estimado do consumo, e não por período inferior, critério que melhor reflete a necessidade do serviço e a dimensão da despesa correlata.**
 35. O projeto básico foi aprovado pela autoridade competente, nos termos do art. 80, alínea “b”, inciso III do Regimento Interno do INSS, a qual também aprovou a contratação direta (fls. 351).
 36. Em relação aos itens 2 e 7, tem-se que a justificativa da necessidade do objeto e as razões da escolha do fornecedor foram indicadas pela Administração no projeto básico (fls. 331), nos seguintes termos:
 2. Justifica-se a contratação pretendida por tratar-se de serviço essencial e imprescindível ao funcionamento das atividades exercidas nas unidades vinculadas à Administração Central do INSS, e pela expiração do Contrato nº 76/2009– Processo nº 35000.000901/2009-22, com o mesmo objeto.

(...)
 - 3.1. O fornecimento de energia elétrica é um serviço auxiliar necessário à Administração para o desempenho de suas atribuições. A contratação pretendida deverá estender-se por mais de um exercício financeiro uma vez que a interrupção dos serviços comprometerá a continuidade das atividades desenvolvidas nas unidades integrantes da Administração Central do INSS, pelo que está perfeitamente enquadrado como serviço de natureza continuada, na forma estabelecida no artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/1993.
 37. No tocante ao item 8, **verifica-se que não consta nos autos a proposta de preços eventualmente apresentada pela CEB ao INSS, falha que deverá ser corrigida.**
 38. No que pertinente ao item 9, constam nos autos os documentos de fls. 344/347, consistentes em declarações e certidões emitidas em relação à situação da CEB perante o SICAF, o CADIN, a Justiça do Trabalho e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS.
 39. Destaque-se, nesse ponto, que, segundo entendimento esposado pelo TCU, *“É obrigatória a comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas pela administração pública, seja em virtude de regular processo licitatório, seja em razão de dispensa ou inexigibilidade de licitação”*.

(Acórdão n.º 943/2010, TC-014.687/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 05.05.2010).

40. Da análise da documentação acima mencionada, pode-se perceber que consta uma “ocorrência” em relação à CEB perante o SICAF (fls. 344), a qual, porém, não restou especificada nos autos. Além disso, não se verificou a existência de eventual registro de sanção aplicada à empresa, cujos efeitos a tornem proibida de celebrar contrato administrativo e alcancem o INSS, por meio de consulta aos seguintes sistemas:

(a) Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União (<http://portal2.tcu.gov.br>);

(b) Conselho Nacional de Justiça - CNJ (<http://www.cnj.jus.br>).

41. Por tais razões, **recomenda-se que se consigne nos autos a que se refere a ocorrência contra a CEB existente no âmbito do SICAF, bem assim que, por ocasião da efetiva contratação, as consultas que já haviam sido promovidas sejam renovadas, efetuando-se, ademais, as consultas que ainda não haviam sido realizadas.**

42. De toda forma, cumpre registrar que, segundo a Orientação Normativa AGU n.º 09/2009, “*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*”.

43. Consta da fundamentação da referida Orientação Normativa que:

No caso de um serviço, como o fornecimento de água, gás, energia elétrica, correios, e outros, ser prestado sob regime de monopólio, e a prestadora estiver em débito para com o INSS e FGTS, não pode a Administração deixar de contratá-la devido a esta situação irregular, vez que, nestes casos, impõe-se um interesse público maior, qual seja, a continuidade da prestação do serviço público dependente dos serviços objeto de monopólio.

No confronto entre dois valores constitucionais, deve prevalecer o que melhor atende o interesse público.

Esta é a linha de entendimento do Tribunal de Contas da União, esposada na Decisão 431/1997- Plenário, de seguinte teor:

2. Responder ao responsável que as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas; 3. informar, ainda, ao consulente que, diante da hipótese acima, a administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos;

Esse mesmo entendimento foi estendido, por analogia, às empresas privadas concessionárias de serviço público essencial sob o regime de monopólio, por meio do Acórdão 1105/2006-Plenário. Entretanto, não está dispensados, na situação ora ementados, de caráter excepcional, os requisitos impostos pela Corte de Contas relativos

à autorização do dirigente maior do Órgão, acompanhada das devidas justificativas sobre a essencialidade dos serviços prestados e, ainda, a necessidade de se comunicar o fato aos credores e à respectiva agência reguladora.

44. Dessa forma, em sendo demonstrado nos autos que a CEB detém, de fato, a exclusividade no fornecimento de energia elétrica, caso a empresa se apresente em eventual situação de irregularidade fiscal quando da ocasião da efetiva celebração do contrato, será possível a aplicação, na espécie, do disposto na Orientação Normativa AGU n.º 09/2009, hipótese na qual a contratação deverá ser previamente autorizada pela autoridade maior do INSS e a situação de irregularidade deverá ser concomitantemente comunicada ao respectivo agente arrecadador e à ANEEL.
45. Quanto à justificativa de preços, preceitua a Orientação Normativa n.º 17, expedida pelo Advogado-Geral da União, com a redação conferida pela Portaria AGU n.º 572, de 13.12.2011, que *“A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da **comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos**”*.
46. Colhe-se da fundamentação da nova redação da referida Orientação Normativa que:

A justificativa do preço nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, fundamentada na existência de fornecedor exclusivo, não pode ser realizada à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores. Se inexigível o certame, o proponente que detém a exclusividade é o único a atender as necessidades do órgão ou entidade contratante. Destarte, **a justificativa há de fazer-se presumivelmente de acordo com os preços cobrados pelo fornecedor ou prestador exclusivo em contratos firmados com outras pessoas físicas ou jurídicas. É a demonstração da compatibilidade dos preços praticados pela própria empresa contratada que deve constar dos autos.**

Ainda, não raro, os contratos da empresa que detém exclusividade com outras pessoas físicas ou jurídicas envolvem questões de sigilo, e então esta não pode revelar o preço praticado. Da mesma forma, ainda que não exista o dever de sigilo, pode-se no máximo solicitar à empresa que revele tal informação, mas não há obrigação legal para tanto. **Assim, sendo o objeto do contrato necessário para o ente público, a restrição da forma de comprovação poderia levar a um impasse, inviabilizando uma contratação necessária ao interesse público.**

Por conta disso, previu-se na nova redação **uma orientação genérica, “ou outros meios igualmente idôneos”, justamente para permitir que a Administração demonstre a razoabilidade do preço pela forma que estiver ao seu alcance**, em vista do disposto no parágrafo único, inciso III, do art. 26, da Lei n.º 8.666/93.

47. Acerca do valor da pretendida contratação, a área técnica limitou-se a afirmar, no subitem 8.1 do projeto básico, que *“Os preços das tarifas de energia e das taxas dos serviços obedecerão aos valores homologados periodicamente através de resoluções expedidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL”* (fls. 333).
48. Como concessionária de serviço público, os preços que a CEB pratica, denominados tarifas, são fixados conforme o contrato de concessão. Essas tarifas, em tese, são indistintas ao público em geral, tendo suas características estipuladas no instrumento da concessão, além de ser objeto de

regulamentação, no caso, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

49. Segundo Justen Filho, *“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.”*
50. No presente caso, assim como de todas as concessionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica, as tarifas praticadas pela CEB são definidas pela ANEEL.
51. Entretanto, ainda que se comprove que a referida concessionária seja a única a fornecer o serviço público demandado na região sob comento, entendo que **persiste a necessidade de demonstrar a razoabilidade do valor da pretendida contratação, comprovando-se e discriminando-se nos autos os preços praticados pela concessionária, por meio de tarifa preestabelecida e cobrada uniformemente de todos os usuários, em virtude da prestação do referido serviço público em sua área de concessão, em observância ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, procedendo-se, para tanto, consoante o disposto na Orientação Normativa AGU nº 17. Recomenda-se, inclusive, que a modalidade tarifária proposta seja objeto de análise pela área técnica, em especial quanto à vantajosidade do enquadramento em uma ou outra categoria tarifária (grupo A ou grupo B, fls. 336).**
52. Registro, por oportuno, que o TCU já manifestou entendimento no sentido de que as contratações diretas devem ser instruídas com a justificativa de preços. Neste sentido, o Acórdão nº 1.705/2007 – Plenário, segundo o qual *“Nas hipóteses de contratação direta de bens e serviços sem licitação devem ser evidenciados todos os elementos que caracterizem a razão de escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço contratado.”*
53. Em atenção ao quanto preceitua o artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993, a Divisão de Execução Orçamentária e Financeira do INSS informou a existência de disponibilidade orçamentária suficiente para fazer frente à despesa em questão (fls. 350). Ademais, declarou a área técnica às fls. 351 que *“a contratação pretendida não é criação, nem expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental, portanto não abrangidas pelo art. 16 da Lei Complementar 101/2000”*.
54. Aludida declaração coaduna-se com o teor da Orientação Normativa AGU nº 52, segundo a qual *“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”*.
55. No tocante à formalização do ajuste, consta dos autos a minuta do termo de contrato (fls. 338/342). A contratação do fornecimento com concessionária de serviço público não se submete ao regime jurídico-administrativo, característico das demais avenças celebradas pela Administração. Trata-se de hipótese em que a Administração Pública se situa na qualidade de usuária ou consumidora de serviço público, em condição de igualdade como qualquer outro usuário, vinculada por meio de contrato em que as regras são predominantemente privadas.
56. A esse respeito, dispõe o art. 62, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993, que *“Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: (...) II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público”*, exatamente como se dá na espécie, em que se trata da pretendida contratação dos serviços públicos de energia elétrica, prestados pela respectiva concessionária, em favor do INSS.
57. Em casos como tais, a própria Lei n. 8.666/1993, portanto, tem a sua aplicação restrita, na medida

em que o Poder Público se despe de seus poderes excepcionais, tal como reconhece o TCU a respeito do contrato de fornecimento de energia elétrica:

[...] 24. A outra relação jurídica estabelecida é a de consumo, absolutamente distinta daquela de concessão, estabelecida entre a Administração e a empresa concessionária de energia elétrica, que se consubstancia em um contrato de adesão.

25. O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo artigo 54 da Lei n.º 8.078/90, “*é aquela cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”.

26. Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

27. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

28. O entendimento acima exposto foi, em nosso entendimento, bem sintetizado no Parecer CONJUR/MME n.º 235/96, publicado no DOU de 27.11.96, Seção I, fls. 25009 a 25011, citado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro signatário da consulta em apreço, do qual destacamos os seguintes trechos:

“39. A circunstância de estar presente a Administração Pública nesse tipo de contrato não o transforma, necessariamente, em contrato administrativo típico. Consoante o entendimento da melhor doutrina, o que caracteriza o contrato administrativo é a presença da Administração com prerrogativas de Poder Público, vale dizer, como agente do interesse coletivo preponderante. Exatamente por isso, confere a lei ao ente público posição de destaque na relação contratual, inclusive com a faculdade de alterar, unilateralmente, as condições do ajuste. Embora lhe garanta a lei a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro porventura afetado por essa alteração unilateral, não pode o particular recusá-la.

40. Ora, ao contratar com a concessionária de energia elétrica o órgão público está em condições de igualdade com qualquer outro consumidor de energia elétrica. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o fornecimento; cabe-lhe apresentar instalações em conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis e, se for o caso, contribuir para a realização de obras e serviços necessários ao fornecimento. Nada, portanto, o diferencia dos demais usuários”. (Decisão 537/1999 – Plenário).

58. Os contratos padronizados, ao que tudo indica, são contratos de adesão, nos quais a Administração figura como usuária de serviço público. Os serviços prestados pela concessionária são regulados pela ANEEL, parecendo não haver espaço para a Administração impor modificações na avença, submetida, substancialmente, e por força de lei, às regras de direito privado.

59. Outro não é o raciocínio constante, inclusive, da fundamentação da Orientação Normativa AGU n.º 36/2011 - que será adiante explanada -, a qual, ao se referir ao disposto no art. 62, § 3º, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993, esclareceu que “*quando a Administração firma contrato na qualidade de usuária de serviço público, 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 nº 8.666, de 1993, ocorre apenas subsidiariamente*”.
60. Nesse sentido, tem-se, ainda, a Orientação Normativa NAJ-MG n. 41/2009, *in verbis*:

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO PELA UNIÃO. OBSERVÂNCIA DO CONTRATO DE ADESÃO APROVADO POR AGÊNCIA REGULADORA FEDERAL (TELEFONIA - ANATEL/ ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL).

- A União, como poder concedente de serviço de sua titularidade (Art. 21, XI, XII, b da Constituição da República de 1988), pode aprovar contrato de adesão a ser utilizado nas contratações envolvendo o consumidor e os concessionário do serviço, conforme regulamentação da Agência Reguladora Federal competente;

Todavia, ao contratar a prestação do serviço público por si concedido, figurando na posição de usuário/consumidor, a União firma contrato predominantemente submetido ao regime de direito privado, situação na qual não poderá impor ao prestador/fornecedor modificações no contrato de adesão;

A União, na posição de contratante, verificando irregularidade no contrato de adesão, deve comunicar o fato à Agência Reguladora, a quem competente adotar as medidas que julgar cabíveis.

Referências: Pareceres N.º AGU/CGU/NAJ/MG: 0482/2009-FACS; 1393/2008-MACV; 0864/2008-ASTS [;] Art. 74 do Anexo à Resolução/ANATEL n.º 426/2005 (Serviço de telefonia fixa comutada); Arts. 2º e 23 da Resolução/ANEEL n.º 456/2000; Art. 1º da Resolução/ANEEL n.º 615/2002 (Aprova o Contrato de Adesão ao Serviço de Energia Elétrica para Unidades Consumidoras atendidas em Baixa Tensão); Parecer n.º QG-170 de 06.11.1998; Decisão n.º 537/1999-Plenário do TCU.

61. Considero, assim, que a minuta do contrato de adesão apresentada às fls. 338/342 não merece maiores considerações, vez que, como acima explanado, não há respaldo para que a Administração imponha à CEB modificações ao referido instrumento.
62. Não se desconhece, é certo, como já salientado, que a Lei 8.666/93, no art. 62, § 3º, inciso II, estabelece que são aplicáveis os arts. 55, 58 a 61 e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração figura como usuária de serviço público. Em princípio, pois, as cláusulas dos contratos administrativos típicos poderiam ser exigidas no caso em tela. Esses dispositivos legais, contudo, são apenas aplicáveis “*no que couber*”, de modo que não necessariamente inviabilizam a adesão ao contrato da concessionária, especialmente se for considerada a condição de igualdade do INSS, no caso, com os demais usuários do serviço público concedido.
63. Sem embargo disso, entretanto, considero oportuno registrar o disposto na Orientação Normativa AGU n.º 36/2011, segundo a qual “*A Administração pode estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviços públicos essenciais de energia*”

elétrica e água e esgoto, 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”.

64. Segundo se extrai da fundamentação da referida Orientação Normativa:

O inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993, preceitua que “aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber, aos contratos em que a Administração for parte como usuária do serviço público”. Observa-se, portanto, que **tal dispositivo não faz referência ao art. 57 do citado diploma legal, cujo inciso II estabelece que a vigência dos contratos de serviços contínuos está limitada a 60 (sessenta) meses, bem como cujo parágrafo 3º que veda contratos administrativos com prazo indeterminados.**

Isso significa que, quando a Administração firma contrato na qualidade de usuária de serviço público, 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 nº 8.666, de 1993, ocorre apenas subsidiariamente.

Assim, o fato de estar autorizada a contratação direta para estes serviços por impossibilidade de competitividade faz com que, em termos lógicos, não haja a incidência do art. 57, inciso II e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993. Se há um único fornecedor do serviço público – não havendo que falar, portanto, em viabilidade de competição –, não há, a princípio, óbice jurídico a que contratos da espécie contemplem prazo indeterminado de vigência.

Não estão afastadas, entretanto, as demais formalidades para a contratação em questão, tais como formalização dos autos próprios para a contratação direta, projeto básico com o dimensionamento anual estimado do consumo, necessárias aprovações e previsão de dotação orçamentária a ser empenhada anualmente.

65. Infere-se da referida Orientação Normativa, assim, que os contratos em que a Administração figura como usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica e água e esgoto, por estarem à margem da incidência do art. 57, inciso II e § 3º, da Lei nº 8.666/1993, não têm a duração adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, nem suas prorrogações estão limitadas ao período de 60 (sessenta) meses. Por conta disso, é possível ao gestor, considerando, em regra, a inviabilidade de competição quanto à prestação desses serviços, estabelecer, justificadamente, a vigência desse tipo de avença por prazo indeterminado.

66. Na espécie, verifica-se que a Administração não se utilizou da possibilidade de previsão do prazo contratual indeterminado, havendo estabelecido o prazo de vigência do instrumento da ordem de 60 (sessenta) meses (fls. 341v). **Assim, recomenda-se, apenas, que a área técnica avalie junto à CEB a conveniência e oportunidade, para ambas as partes, da eventual previsão do prazo de vigência indeterminado para o contrato em questão, caso verifique a existência de motivos pertinentes para tanto. Em qualquer hipótese, porém, ainda que se mantenha a opção pelo prazo de 60 meses, recomenda-se que, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários sejam comprovadas nos autos.**

67. Ainda sobre a minuta apresentada, recomenda-se, em atenção ao disposto no art. 109, inciso I, da Constituição Federal, a adequação da cláusula décima oitava do instrumento (fls. 342), que

estabelece o foro para dirimir eventuais controvérsias decorrentes da execução do contrato, sugerindo-se, para tanto, a seguinte redação: “*Fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal para dirimir quaisquer questões oriundas do presente contrato, com exclusão de qualquer outro*”.

68. **Quanto aos demais requisitos indicados pelo TCU para a dispensa/inexigibilidade de licitação (itens 16 a 20), recomenda-se que a Administração adote as seguintes providências:**
- Obtenha a autorização do ordenador de despesa;
 - Proceda-se à comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da situação de inexigibilidade de licitação;
 - Proceda-se à ratificação e publicação do ato de inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior (art. 26, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, art. 1º da Instrução de Serviço DG/DNIT n.º 01/2007), observando-se que, de acordo com a Orientação Normativa AGU nº 33, de 13/12/2011, "***O ato administrativo que autoriza a contratação direta (art. 17, §§ 2º e 4º, art. 24, inc. III e seguintes, e art. 25 da lei nº 8.666, de 1993) deve ser publicado na imprensa oficial, sendo desnecessária a publicação do extrato contratual***";
 - Proceda à emissão da nota de empenho respectiva;
 - Promova a assinatura do contrato.
69. Recomenda-se, por fim, em atenção ao disposto no PARECER N.º 345/PGF/RMP/2010, aprovado pelo Procurador-Geral Federal, que, por ocasião da assinatura do contrato, **a Administração atente para o fato de que o prazo de vigência do instrumento deve ser contado no sistema data-a-data, ou seja, estabelecendo-se os termos inicial e final do prazo no mesmo dia e mês de anos subsequentes.**

Conclusão

70. Em face do exposto, esta Procuradoria manifesta-se no sentido de que a contratação direta da CEB DISTRIBUIÇÃO S/A., com vistas à prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica em favor dos edifícios onde se situam as unidades operacionais do INSS localizadas no SBN, Qd. 02, Bloco J, Ed. Paulo Maurício, Brasília/DF e no SBS, Qd. 02, Bloco P, Brasília/DF, apenas será juridicamente possível caso sejam previamente atendidas as recomendações formuladas nos itens 27, 34, 37, 41, 51 e 66 deste parecer, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à análise jurídica deste órgão de consultoria.
71. Recomenda-se, ainda, que a Administração atente para o disposto nos itens 68 e 69 do presente parecer.
72. Sugere-se, assim, o retorno do feito à Coordenação-Geral de Licitações e Contratos, para conhecimento e adoção das providências cabíveis.
73. Cumpre-nos destacar que todas as observações expostas têm como premissa a veracidade e a exatidão dos dados, informações, cálculos e valores constantes do processo, que são de responsabilidade exclusiva da Administração.
74. É o parecer, elaborado através do Sistema AGU de Inteligência Jurídica - SAPIENS, assinado digitalmente.

- [1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 295.
- [2] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2009. p. 135.
- [3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 365.
- [4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit*, p. 301-302.
- [5] *Idem*, p. 339-340.
- [6] *Idem*, p. 340.
- [7] ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. Marcos Normativos do Setor Elétrico. *Revista Síntese: direito administrativo*, São Paulo, v.6, nº 64, p. 117-141, abr. de 2011. p. 132-134.
- [8] *Idem*, p. 340.
- [9] NETO, René da Fonseca e Silva. *Do tratamento dado pela Lei nº 8.666/93 à contratação de empresa fornecedora de energia elétrica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2677, 30 out. 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/17732/do-tratamento-dado-pela-lei-n-8-666-93-a-contratacao-de-empresa-fornecedora-de-energia-eletrica> >. Acesso em: 11/08/2014.
- [10] Tendo em vista se tratar de serviço, a pretensão, na forma apresentada, subsume-se ao disposto no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993, e não ao inciso I desse mesmo dispositivo. Veja-se, a esse respeito, a Orientação Normativa n.º. 15/2009, da Advocacia Geral da União, segundo a qual: “**A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NA INEXIGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, É RESTRITA AOS CASOS DE COMPRAS, NÃO PODENDO ABRANGER SERVIÇOS**”.
- [11] *Licitações e Contratos. Orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. p. 634/635.
- [12] Subcláusula Terceira – Respeitados os contratos de fornecimentos vigentes, a concessão regulada neste Contrato não confere à CONCESSIONÁRIA direito de exclusividade relativamente aos consumidores de energia elétrica que, por força da Lei nº 9.074/95, possam adquirir energia elétrica de outro fornecedor.
- Subcláusula Quarta – A concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica não confere exclusividade de atendimento da CONCESSIONÁRIA nas áreas onde ficar constatado, pela ANEEL, conforme procedimento a ser definido em regulamentação própria, a atuação de fato de cooperativas de eletrificação rural como prestadoras de serviços públicos, para fins de cumprimento do artigo 23 da Lei nº 9.074/95.
- [13] *Licitações e Contratos. Orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. p. 634/635.

À consideração superior.

BRASÍLIA, 12 DE AGOSTO DE 2014.

CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS
PROCURADORA FEDERAL
CHEFE DA DIVISÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 35000000740201434 e da chave de acesso e6bc5726