



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

PARECER Nº 64/2011/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO: 00400.002337/2011-18

INTERESSADO: Secretaria de Portos - PR

ASSUNTO: Pedido de unificação de entendimento - Parecer nº 23/2011-GBAS/ASSJUR/AGU/SEP/PR X Parecer nº 127/2010/DLIC/CGMADM/INSS-PFE mais Parecer nº 26/2010/CONJUR/MTE - envia cópia do processo administrativo nº 00045.000186/2011-41.

**FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.
CONTRATAÇÃO DIRETA. MODALIDADE.**

I - A inexigibilidade de licitação é filtro que antecede logicamente a análise da ocorrência de hipóteses de dispensa de licitação.

II - A inexigibilidade deve ser aferida no caso concreto. Ainda que haja previsão legal de dispensa para as contratações 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.

III- Irrelevância de normativo que preveja a possibilidade abstrata de prestação da atividade por diversas empresas ante a existência, no caso concreto, de apenas um fornecedor.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- I -

1. O presente processo administrativo origina-se a partir de solicitação de uniformização de entendimentos formulada pelo Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República.

23.5

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 3, Lotes 05 e 06, 13º andar, Sala 1315, Cep 70070-030, Brasília (DF)
Telefone: (61) 3105-8646 - Endereço eletrônico: cgu.decor@agu.gov.br



2. A *vexata quaestio* refere-se ao correto enquadramento da contratação direta de empresa com vistas ao fornecimento de energia elétrica no âmbito da SEP/PR.

3. Nesse contexto, no âmbito do PARECER nº 23/2011-GBAS/ASSJUR/AGU/SEP/PR, destacou-se a necessidade de esclarecer se a empresa que se intenta contratar – no caso, a Companhia Energética de Brasília (CEB) - é a única habilitada para a prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica no âmbito geográfico onde se situam as salas.

4. Salientou-se que tal informação é determinante para a correta fundamentação da contratação direta como hipótese de inexigibilidade ou de dispensa de licitação.

5. São esses os trechos da referida manifestação que merecem destaque:

9. Diante disso, é necessário que o administrador esclareça junto à CEB se ela é a única empresa habilitada para a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica no âmbito geográfico onde se situam as salas ocupadas pela SEP/PR, caso em que, restará caracterizada a viabilidade ou não de competição.

10. Isso porque, conforme leciona a doutrina pátria majoritária, a inexigibilidade de licitação decorre de fatores que inviabilizam a realização de procedimento licitatório, enquanto nos casos de dispensa o procedimento licitatório pode ser realizado, mas a lei permite que o administrador público dispense sua realização caso reste configurada alguma das situações previstas no art. 24 da Lei de Licitações. Nesse sentido, reproduzimos a seguir trechos da obra de Marçal Justen Filho, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 14ª edição¹:

"(...)

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 357/360.



Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei é exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da Inexigibilidade faz-se no momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a Inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma de dispensa.

(...)

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

(...)

Deve-se ressaltar que o caput do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá ele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, os quais apresentam natureza exemplificativa.” (grifo nosso)

11. Resta evidente, pois, que a contratação em questão poderá ser feita de forma direta, mas seu fundamento legal pode variar conforme viabilidade ou não de competição.

12. Isso porque, como bem destaca a doutrina acima reproduzida, a análise acerca da Inexigibilidade de Licitação antecede a análise da dispensa, de modo que apenas se não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de Inexigibilidade de licitação, deverá o administrador verificar se há alguma hipótese legal de dispensa de licitação para a contratação pretendida.

13. Ou seja, ainda que haja dispositivo legal específico prevendo a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de fornecimento de energia elétrica com concessionário, permissionária ou autorizada, caso a empresa que se pretende contratar seja a única fornecedora em determinado local, resta caracterizada a inviabilidade de competição, enquadrando-se na hipótese legal de Inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, caput da lei nº 8.666/93 o que alteraria o fundamento legal da contratação direta.

14. Nesse ponto, vale destacar que nos termos da norma do art. 26 da Lei nº 8.666/93 as hipóteses de dispensa e Inexigibilidade devem ser necessariamente justificadas, o que implica a necessidade de indicação precisa do fundamento legal que embasou a contratação direta.

15. Além do fundamento legal indicado, independentemente do fato de a contratação direta ser pautada em uma dispensa de licitação ou na inexigibilidade da mesma, em atendimento à normas do art. 26 do diploma normativo supracitado, deverá o órgão consulente justificar a escolha do fornecedor e o preço estimado para o serviço, ou seja, indicar, precisamente, como chegou ao valor do contrato e se o preço considerado é compatível com os preços praticados no mercado.

16. Por esse motivo, preliminarmente, deve ser verificado junto à CEB se a mesma é a única empresa com concessão, permissão ou autorização pela ANEEL a prestar o serviço de fornecimento de energia elétrica no âmbito do



local onde está instalada a SEP/PR. Caso não o seja, aí sim, poder-se-á enquadrar a contratação em tela na hipótese legal de dispensa de licitação ventilada no art. 24, XXII da Lei nº 8.666/93².

6. A posição encampada *supra* diverge daquela adotada no PARECER Nº 127/2010/DLIC/CGMADM/INSS-PFE e se coaduna com a esposada no PARECER Nº 26/2010/CONJUR/MTE, indicados exemplificativamente ao final do PARECER nº 23/2011-GBAS/ASSJUR/AGU/SEP/PR.

7. No primeiro, acostado às fls. 28/34 dos presentes autos, adotou-se o entendimento de que a contratação da CEB Distribuição S/A deve se dar através de dispensa de licitação e, portanto, com fulcro no art 24, XXII, da Lei 8666/93. *In verbis*:

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)

8. A seguir, ressaltou-se que a CEB tem a atribuição de executar o serviço público de fornecimento de energia elétrica no âmbito do Distrito Federal, consoante o disposto no Decreto 64880/69, editado pelo então Presidente Costa e Silva. Observe-se seu teor:

Decreto nº 64.880, de 25 de Julho de 1969

Concede autorização para funcionar como empresa de energia elétrica à Companhia de Eletricidade de Brasília - CEB.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 83, item II, da Constituição, e nos termos do Decreto-lei nº 938, de 8 de dezembro de 1938,

DECRETA:

Art. 1º. É concedida à Companhia de Eletricidade de Brasília - CEB, com sede no Distrito Federal, autorização para funcionar como empresa de energia elétrica, ficando obrigada a cumprir o disposto no Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de Julho de 1934), leis subsequentes e seus regulamentos.

Art. 2º. O presente Decreto entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

² Os destaques são originais.



9. Por fim, afirmou-se que a referida Companhia foi objeto de reestruturação societária, implementada pela Resolução Autorizativa nº 318, de 14/12/2005, da Agência Nacional de Energia Elétrica, que esclareceu que sua atuação deve se dar exclusivamente no campo da distribuição de energia elétrica.

10. Por sua vez, o entendimento exposto no PARECER 26/2010/CONJUR/MTE (fls. 35/39) converge com o exarado no PARECER nº 23/2011-GBAS/ASSJUR/AGU/SEP/PR.

11. Nesse sentido, atente-se aos seguintes fragmentos da referida manifestação:

08. Comentando sobre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, ensina o Professor MARÇAL JUSTEN FILHO textualmente:

"No caso do representante exclusivo, a Administração se depara com estrutura organizacional privada, em que certo fornecedor atribui a um certo agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região. No Brasil, existem diversos diplomas que regulam cláusulas de exclusividade. Podem lembrar-se os casos da Lei nº 4.886/65 (representação comercial), nº 6.729/79 (concessão de veículos automotores) e nº 8.955/94 (franquia empresarial). Isso significa admitir, desde logo, que a questão não envolve apenas representante comercial exclusivo, mas qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade.

Outra hipótese, consiste no monopólio, natural ou não. O monopólio caracteriza-se quando existe um único fornecedor para um produto ou serviço no mercado. Isso envolve, inclusive, serviços públicos. Assim, imagine-se a necessidade de transporte de produtos através da via férrea. A hipótese, no Brasil (e enquanto não for adotado o modelo de compartilhamento de infra-estruturas essenciais), conduz à ausência de pluralidade de alternativas, na medida em que somente um prestador de serviços públicos se encontra em condições jurídicas de prestar o serviço.

Até há pouco tempo, isso se passava com os serviços de telecomunicação, que estão sendo objeto de um sistema de competição. A pluralidade de operadores de serviços de telefonia afastou a idéia de inviabilidade de competição e produziu, aliás, problemas práticos de grande dimensão."

09. No caso presente, a Administração pretende contratar o fornecimento de energia elétrica prestado pela Companhia de Eletricidade de Brasília - CEB, para atender despesas da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Distrito Federal, Agências Regionais de Ceilândia, Sobradinho, Gama e Núcleo Bandeirante.

10. Em atendimento a diligência efetuada, a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Distrito Federal encaminhou a esta CONJUR o Memorando nº 26/SEAD/SRTE/DF, de 28 de Janeiro de 2010 (fl. 14), informando, em seu anexo (fl. 15), o seguinte:

"Cumpre-nos destacar que tendo em vista que os serviços de fornecimento de energia elétrica não é fomeido -pOf=()utl"8 -empl"e3a -"c35a45c--lãc, -f4r.fleeimeAto - necessário para o funcionamento na Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego no Distrito Federal,



Agências Regionais Ceilândia, Sobradinho, Gama e Núcleo Bandeirante e Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Taguatinga - DF"[sic].

11. O ajuste pretendido encontra, pois, fundamento legal no caput do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição (...)."

12. A inviabilidade de competição resta evidenciada no documento de fl. 15, que assim destaca: " ... os serviços de fornecimento de energia elétrica não é fornecido por outra empresa nessa região."

13. Sendo a concessionária a única a fornecer os serviços de energia elétrica na região, certamente não haveria possibilidade de competição, justificando, portanto, a inexigibilidade do processo licitatório.

12. É o breve relatório. Passo a manifestar-me.

- II -

13. Inicialmente, cumpre destacar a competência desta Consultoria-Geral da União e, em especial, deste Departamento para dirimir a controvérsia *sub examine*, decorrente do disposto no art. 3º, VI, e do art. 9º, I, ambos do Ato Regimental AGU n.º 05/2007, *in verbis*:

Art. 3º Compete à Consultoria-Geral da União:
(...)

VI - participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa;

Art. 9º Compete ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos - DECOR:

I - orientar e coordenar os trabalhos das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, especialmente no que se refere à:

a) uniformização da jurisprudência administrativa;

b) correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e

14. No que tange ao exame da questão de fundo, é de se destacar que a controvérsia estabelecida entre a SEP/PR e a PFE-INSS diz respeito ao correto enquadramento da contratação direta da CEB para o fornecimento de energia elétrica.



15. Dessa forma, antes de nos posicionarmos conclusivamente, releva salientar as principais características dos institutos aos quais recorreram os dois órgãos desta Advocacia-Geral da União.

16. Nesse sentido, começaremos expondo brevemente as notas diferenciadoras da hipótese de inexigibilidade de licitação, recorrendo à lição de Marçal Justen Filho³:

Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e serias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns pontos definidos, que podem auxiliar a compreensão do art. 25 todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de *viabilidade de competição*.

1.1) *A licitação como conjugação de atividades pública e privadas*
(...)

1.2) *A licitação como escolha entre diversas alternativas*
(...)

1.3) *A licitação como escolha de uma dentre diferentes alternativas*
(...)

1.4) *A licitação como uma disputa entre particulares*
(...)

1.5) *A licitação como um convite aos particulares para ofertarem*
(...)

1.6) *A licitação como uma seleção segundo critérios objetivos*
(...)

1.7) *"Inviabilidade de competição" como situação anômala*
A expressão "inviabilidade de competição" indica situações em que os pressupostos acima indicados não se encontram presentes. Observe-se que tais pressupostos são encontrados *geralmente*, mas nem sempre. Existem situações excepcionais, em que os pressupostos não estão presentes.

17. E continua o i. doutrinador⁴:

2) Inviabilidade de Competição como Resultado

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed, p. 271-272

⁴ Idem, ps. 272-274



causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

3) Ausência de Pressupostos Necessários à Licitação

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, adiante voltar-se-á. Mas é possível tentar organizar as possibilidades, tomando por base o modelo exemplificativo fornecido pelos três incisos do art. 25. Não seria ocioso acrescentar que essa sistematização mereceu acolhimento pelo TCU, como se vê no Acórdão nº 918/2003-Segunda Câmara (rel. Min. ADYLSON MOTTA).

3.1) Ausência de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si coletadas.

(...)

4) Classificação das Causas de Inviabilidade de Competição

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve a inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de licitação relacionada com a natureza do objeto contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam de maneira impeditiva.

5) Inexigibilidade como Caso de "Dupla Crise" da Licitação

As considerações acima permitem configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção do resultado pretendido. A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto.

(...)

Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade conduziria a frustrar o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer o dito interesse.



18. Da leitura dos trechos supradestacados, infere-se que a inexigibilidade de licitação decorre de sua inviabilidade, que se apresenta como consequência da realidade extranormaliva.

19. Por sua vez, nas palavras de Justen Filho⁵, a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável a competição, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Isso porque, como lembrado pelo r. administrativista, toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Observe-se seu entendimento:

Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação, pela imprensa, realização de testes laboratoriais, etc) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinados caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável.

20. Sendo, de regra, obrigatória a licitação, a supressão do procedimento será possível apenas nas hipóteses taxativamente referidas por lei formal que se coadune com as normas constitucionais regedoras da matéria.

21. No caso em tela, sugeriu-se o enquadramento da situação *sub examine* no art. 24, XXII, da Lei 8666/93. Observe-se seu teor:

Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)

⁵ Idem, p. 233



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)

22. Ao comentar o referido inciso, assim se manifesta Justen Filho:

28) Contratação de Energia Elétrica e Gás (Inc. XXII)

A regra surgiu em virtude da reforma introduzida no setor elétrico, através de inúmeros diplomas legais. Deve lembrar-se que o regime geral das Leis nº 8.987 e nº 9.074 foi complementado e alterado para o âmbito da energia elétrica. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Posteriormente, a própria Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, introduziu profundas modificações no modelo original.

Mas a crise no fornecimento de energia elétrica acabou conduzindo a inovações de outra ordem. As Leis nº 10.433/2002 e nº 10.848/2004 configuraram o novo modelo para o setor energético. Os diversos diplomas (que foram antecedidos de várias medidas provisórias) conceberam soluções de incremento de competição no setor, especialmente no tocante à atividade de geração. Ainda que mantidas concessionárias de serviços de geração e de distribuição de energia elétrica, admitiu-se a possibilidade de exploração das mesmas atividades sob regime de direito privado (sob forte regulação estatal).

A proposta essencial reside na possibilidade de redução dos preços da energia elétrica, especialmente para os consumidores de grande porte. Logo, a Administração Pública poderia beneficiar-se dos mecanismos de mercado para contratar o fornecimento de energia elétrica por preços mais vantajosos. Esse foi o fundamento lógico-jurídico que conduziu ao afastamento da licitação para contratações em tais condições.

Accessoriamente e tal como se houvesse similitude com o tema das contratações no âmbito da energia elétrica, foi introduzida alteração na Lei nº 8.666 para albergar também a contratação direta no âmbito do fornecimento de gás - regra de constitucionalidade duvidosa.

28.1) A questão da energia elétrica

As inovações introduzidas no setor energético promoveram a dissociação entre atividades que configuram monopólio natural e outras que comportam competição. Essa dissociação traduziu-se, inclusive, na diferenciação formal entre as entidades que atuam em cada setor. Daí que 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 o regime de monopólio. A distribuição é reconhecida como serviço público, mas com crescente abertura à competição, o que é incrementado por meio de atividades específicas de comercialização.

A decorrência fundamental reside em que o fornecimento de energia elétrica para o setor público poderá configurar-se como situação de competição entre agente econômicos (ainda que mantido o regime de serviço público) - situação similar à verificada a propósito da telefonia, aliás (e sem entrar na discussão sobre serviços públicos sob regime de direito privado).

Dentro desse contexto, é que se põe a regra da dispensa de licitação. Com a eliminação da exclusividade de concessionários de distribuição de energia elétrica, produz-se a pluralidade de potenciais fornecedores. Surgem questões pertinentes à aquisição no atacado e no varejo.

Grande problema colocar-se-á se a intenção da regra comentada consistir em estender à Administração Pública as regras previstas para os consumidores privados. Isso significa liberar os sujeitos integrantes da Administração Pública para escolher fornecedores sem prévia licitação. Tal dispositivo seria inconstitucional, em face da relevância das contratações e dos riscos de



ofensa aos princípios da República e da isonomia. Quando menos, seria imperioso assegurar a igualdade de condições entre os potenciais fornecedores e a seleção da proposta mais vantajosa.

Em verdade, o dispositivo abarca uma plêiade de situações 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 têm por objeto operações envolvendo energia.

É evidente que uma entidade tal como Furnas não pode ser submetida ao princípio da licitação para adquirir ou vender energia elétrica. Caracteriza-se uma atuação-fim da entidade, o que conduz à aplicação do entendimento pertinente do TCU (objeto de exame nos comentários ao art. 2º, acima).

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 suicídio estatal será configurado como um consumidor cativo, beneficiando-se do fornecimento de energia promovido por uma concessionária de serviço público (em virtude da ausência de 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 grande parte dos casos, houve a preocupação em evitar contratações de grande risco (fenômeno que se verificou durante um certo período do passado recente). Assim, por exemplo, a legislação prevê mecanismos de leilão para aquisição de energia, o que propicia a redução dos preços.

23. Percebe-se, assim, que as alterações legislativas que operaram a inserção e posterior alteração do inciso XXII do art. 24 da Lei de Licitações foram informadas pela adoção de novo modelo energético, que possibilita a existência de competição no fornecimento de energia elétrica. Dessa forma, a viabilidade de competição é pressuposto para a existência de interesse na dispensa.

24. Nesse sentido, o cotejo entre os institutos da inexigibilidade e da dispensa de licitação permite perceber que, como bem referido no Parecer nº 23/2011-GBAS/ASSJUR/AGU/SEP/PR, a inexigibilidade é filtro que logicamente antecede a análise da existência de licitação. De fato, apenas se houver viabilidade de competição é que é possível dispensar-se o procedimento licitatório.



25. Nesse sentido, atente-se à manifestação de Justen Filho⁶:

4.2) Dispensa e Inexigibilidade de licitação

Sob o ponto de vista lógico, a lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa de licitação. É que a inexigibilidade é conceito que, sob ângulo teórico, antecede ao de dispensa. Voltar-se-á à questão a propósito do art. 25. Porém, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação "exigível". É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de "dispensa" imposta por lei.

26. E segue, em observação extremamente relevante para o deslinde da controvérsia ora apresentada:

Em termos práticos, isso significa que a Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa de licitação.

27. Mais à frente, reitera o entendimento apresentado nas linhas acima⁷:

Em termos práticos, isso significa que a Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa de licitação.

28. Dessa forma, pelos motivos acima externados, consideramos que o correto enquadramento do caso analisado – em que existe fornecedor exclusivo de energia elétrica – corresponde à hipótese de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, *caput* e inciso I, da Lei 8666/93.

29. Por fim, é de se destacar que, em pesquisa realizada junto aos tribunais federais e Tribunais de Superposição, nada encontramos sobre o tema.

⁶ Idem, p. 233

⁷ Idem, p. 274-275



30. Em relação ao E. TCU, é de se destacar a existência de precedentes que se referem à hipótese de inexigibilidade de licitação nos casos de contratação de fornecedor exclusivo, dos quais indicamos exemplificativamente o Acórdão 302/2007-Primeira Câmara.

31. Entretanto, é de se ressaltar o teor do 217/2009-Segunda Câmara, por nós acostado aos presentes autos, no qual se adota posicionamento contrário ao ora externado. Trata-se de situação em que se analisou a contratação da Companhia Hidroelétrica São Patrício – Chesp, única concessionária autorizada a fornecer energia elétrica para a região da contratante.

32. Na ocasião, a Segunda Câmara rechaçou a contratação por inexigibilidade de licitação, afirmando que, apesar de ser a única provedora de energia elétrica para a região, a contratação da Chesp deveria ser enquadrada no art. 24, XXII, da Lei 8666/93, que traria disposições específicas quanto à contratação de serviços de fornecimento de energia elétrica.

33. Como acima destacado, 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 a inclusão de seu inciso XXII.

34. Recorremos, por fim, à lição de Jessé Torres⁸, que trata de conflitos aparentes entre o art. 25 e o art. 24, I ou II, mas também se aplica analogicamente ao caso examinado:

Significa dizer que, na hipótese de determinada contratação direta caber tanto em hipótese de inexigibilidade (art. 25) quanto na de dispensa em razão do reduzido valor (art. 24, I ou II), o fundamento deve ser o do art. 25, dado que a situação de inviabilidade de competição precede a de dispensa de licitação(...).

⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e outro. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2009. p. 326.



- III -

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 as contratações 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 a situação de inviabilidade de competição questão que antecede logicamente o exame dos casos de dispensa de licitação.

A consideração superior.

Brasília, 07 de junho de 2011.


Isabela Rossi Cortes Ferrari
Advogada da União
DECOR/CGU/AGU