



Parecer Jurídico nº 138/2023

Ementa: Contratação da empresa RGE Distribuidora de Energia S.A. para que realize o remanejamento da rede elétrica existente na Rua Engenheiro Irineu de Carvalho Braga. Inviabilidade de competição. Inexigibilidade de licitação. Art. 25, *caput*, Lei nº 8.666/93.

I. RELATÓRIO.

1. Trata-se na espécie de processo administrativo, protocolado no sistema SEI sob o nº 2023/7424-1, que visa à contratação direta da empresa RGE Distribuidora de Energia S.A, por inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput*, Lei nº 8.666/93), para que realize o remanejamento da rede elétrica existente na Rua Engenheiro Irineu de Carvalho Braga, composta por 20 postes. Conforme consta na justificativa de doc. 62205 (fls. 02/07), o remanejamento da referida rede elétrica “*é necessário para possibilitar a abertura da via e construção da ponte oeste, sem a qual é impossível dar seguimento à execução da obra contratada por meio do Contrato 79/2022, cujo objeto é a implantação do TRECHO 7 DA PERIMETRAL OESTE*”.

2. Instruem o feito: [1] pedido e autorização – P.A. (doc. 62205, fl. 01); [2] justificativa do ordenador de despesas (doc. 62205, fls. 02/07), com diversos documentos em anexo, entre os quais [2.1] o projeto de deslocamento/remoção dos postes (doc. 62205, fls. 10/11); [2.2] cartas-contrato encaminhadas pela RGE (doc. 62205, fls. 12/17 e 30/37); [2.3] pedido de orçamento 837/2022 (doc. 62205, fls. 18/19); [2.4] orçamentos das empresas ABT Energia e Telecomunicações (doc. 62205, fls. 20/21), Instaladora Elétrica Mercúrio Ltda. (doc. 62205, fls. 22/25 – empresa esta que, recentemente, apresentou novo orçamento com cópia às fls. 38/41), Vitoria Luz Construções (doc. 62205, fls. 26/27) e Consórcio T7 (doc. 62205, fls. 28/29); [2.5] levantamento fotográfico da área (doc. 62205, fls. 42/43); [2.6] norma técnica da CPFL Energia, sob o nº 14186, sobre Construção de Redes por Terceiros (doc. 62205, fls. 44/89); [3] ata de autorização na JOA (doc. 66286); [4] nota de reserva orçamentária (doc. 66864); e [5] minuta de termo de inexigibilidade de licitação (doc. 67678).

3. Dito isto, e antes de passar à análise jurídica, é importante trazer à baila o seguinte relatório e cronologia dos fatos ocorridos, em conformidade ao que consta na justificativa de doc. 62205, fls. 02/07, e segundo verificado em processos administrativos correlatos.

4. Inicialmente que, em maio de 2021, por correio eletrônico (cópia no doc. 62205, fl. 08), o Município de Canoas solicitou à RGE que elaborasse projeto de remanejamento da referida rede elétrica, a fim de que compusesse o projeto da Perimetral Oeste, Trecho 7. A resposta da concessionária, na



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

ocasião, segundo consta na justificativa, foi a seguinte: “*esta distribuidora informa que o prazo de atendimento da sua solicitação para realização dos estudos, projeto e orçamento foi suspenso temporariamente, por um prazo de 30 dias, pelo seguinte motivo: Conforme vistoria técnica em campo, será necessário proceder com a instalação das infraestruturas básicas para conseguirmos executar a obra*”. Explica-se na justificativa que essa “infraestrutura básica” seria a “*execução do aterro (altura de 3 metros) que altera a cota e implantação de meio-fio para definição do alinhamento*”.

5. Após, em julho de 2021, foi instaurado o processo administrativo MVP nº 45268/2021, tendo por objeto a realização de licitação, na modalidade de concorrência pública, visando a contratação de pessoa jurídica para a implantação da Perimetral Oeste, Trecho 7. Realizada a licitação, foi então firmado o contrato 79/2022 com a licitante vencedora, Consórcio T7 Perimetral Oeste, assinado em 09/03/2022, e ordem de início de serviços recebida em 11/03/2022, em cujo escopo estava incluída a infraestrutura exigida pela RGE para a elaboração do projeto.

6. Então, e uma vez iniciada a obra e atendida a solicitação da RGE quanto à infraestrutura básica que se fazia necessária, foi renovada a solicitação à concessionária para que fizesse o projeto de deslocamento da rede. A empresa, então, encaminhou o projeto elaborado, bem como carta contrato e boleto com o valor para a respectiva execução pela própria concessionária, no valor inicial de R\$319.139,82.

7. No bojo do MVP nº 66371/2022, foi intentada a contratação da RGE para a realização do serviço, mediante dispensa de licitação, fulcro no art. 24, XXII, Lei 8.666/93¹. Contudo, a empresa negou-se a dar andamento à contratação nesses moldes, entendendo não ser o caso de dispensa de licitação, por ser obra de deslocamento/remoção de postes e não serviço de fornecimento ou suprimento de energia elétrica. No mesmo processo administrativo, convém assinalar, foram colacionados dois orçamentos obtidos pelo Município de Canoas para o serviço, nos valores de apenas dois orçamentos foram apresentados, nos valores de R\$ 735.822,00 e R\$ 743.730,00.

8. Como alternativa, foi iniciada, no MVP nº 90991/2022, a fase interna de licitação visando contratar empresa para o deslocamento/remoção dos postes. Foram solicitados orçamentos, mediante publicação no DOMC (Pedido de Orçamento nº 837) e encaminhamento de e-mail a diversas empresas do ramo, para fins de estimativa de preço – nenhum orçamento foi obtido, porém, segundo consta naqueles autos. Não foi dada continuidade ao certame em razão do preço médio (mesmo considerado, também, o preço da RGE) ser muito superior ao valor do boleto da concessionária, bem como pela dificuldade de que viesse planilha detalhada dos custos para a realização do certame por pregão eletrônico.

¹Art. 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;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

9. Diante disso, segue um breve resumo das possibilidades aventadas pela área técnica da secretaria requisitante para a realização do deslocamento/remoção dos postes, extraído de trecho da justificativa:

1) realização de **aditivo ao contrato** da empresa que hoje presta os serviços de manutenção da iluminação pública do Município, por meio do **Contrato 396/2022**, a qual, para a realização dos serviços conforme projeto da Concessionária, enviou orçamento no valor aproximado **de R\$ 778.578,55** (conforme proposta estimativa em anexo); Valor este, registre-se, mais de 100% acima do valor orçado pela RGE para a realização dos serviços;

2) realização de **aditivo ao contrato** da empresa que executa a obra **Contrato 79/2022**, a qual apresentou, também com base no projeto da Concessionária o valor **de R\$ 658.125,00** também mais de 100% acima do valor orçado pela RGE para a realização dos serviços.

Registra-se que a proposta de aditivo em questão seria para a subcontratação e realização da íntegra dos serviços pela própria RGE, cujo orçamento contemplava o valor da RGE+ BDI + 35% relativo a Imposto de Renda (Lucro Real);

3) Para efeitos da realização dos aditivos foi solicitada a atualização dos valores pela RGE (visto que transcorridos mais de 6 meses da emissão do projeto / boleto) o valor atualizado foi de **R\$ 390.870,60**.

4) Ainda, em complementação à pesquisa de preços foi solicitada (via contato telefônico) a reapresentação ou revalidação dos orçamentos pelas empresas que atenderam à solicitação de Orçamento 837 acima referida, sendo que apenas a Instaladora Elétrica Mercúrio atendeu ao solicitado apresentando orçamento no valor **R\$ 1.868.610,00**, o qual sequer está sendo utilizado para qualquer comparativo em razão da discrepância em relação aos demais.

10. É essa a conjuntura que esta Diretoria Jurídica da SMLC foi instada a examinar – estando a matéria sendo analisada por esta unidade mesmo antes do encaminhamento dos presentes autos via sistema SEI –, notadamente para avaliar a possibilidade de contratação direta da RGE, visando, ao fim e ao cabo, obter a solução jurídica adequada e que atenda aos ditames constitucionais e legais pertinentes.

II. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

11. Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

12. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem: (...)

(...)

c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):

(...)

*2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta; (grifei)*

13. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

III. DA ANÁLISE JURÍDICA.

A) DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANEEL Nº 1.000, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2021.

14. De largada, é de assinalar que a Resolução Normativa ANEEL nº 1.000, de 07 de dezembro de 2021 – a qual, conforme a respectiva ementa, “*estabelece as Regras de Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica*” –, traz alguns pontos cujo destaque é oportuno à espécie.

15. No art. 2º da resolução, entre as definições nele contidas, assim constam:

VI - concessionária: agente titular de concessão federal para prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica, de agora em diante denominado distribuidora;

VII - consumidor: pessoa física ou jurídica que solicite o fornecimento do serviço à distribuidora, assumindo as obrigações decorrentes desta prestação à sua unidade consumidora;

[...]

XIV - distribuidora: agente titular de concessão ou permissão federal para prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica;

16. Ou seja, no presente caso, o Município de Canoas figura como consumidor e a empresa RGE Distribuidora de Energia S.A como concessionária/distribuidora.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

17. Dito isto, é pertinente o disposto no art. 110 da Resolução Normativa ANEEL nº 1.000/2021:

Art. 110. O consumidor, demais usuários e outros interessados, incluindo a Administração Pública Direta ou Indireta, são responsáveis pelo custeio das seguintes obras realizadas a seu pedido:

[...]

IV - deslocamento ou remoção de poste e rede, observado o §3º.

[...]

§3º A distribuidora deve executar e custear o deslocamento ou a remoção de postes e rede, após solicitação, nas seguintes situações:

I - instalação irregular realizada pela distribuidora, sem observar as regras da autoridade competente; e

II - rede da distribuidora desativada.

18. Extraí-se, pois, ser de responsabilidade do Município de Canoas, enquanto consumidor, o custeio das obras de deslocamento/remoção de poste e rede a seu pedido, não se aplicando na espécie, s.m.j., nenhuma das exceções do §3º do referido dispositivo legal.

19. Quanto à possibilidade de que a distribuidora realize os serviços em voga, assim consta nos arts. 622 e 623 da mesma resolução:

Art. 622. A distribuidora somente pode executar os serviços vinculados à prestação do serviço público ou à utilização da energia elétrica estabelecidos em regulação da ANEEL, observadas as restrições constantes do seu contrato de concessão ou de permissão e desde que o consumidor e demais usuários optem livremente pela contratação da distribuidora.

Art. 623. Os serviços cobráveis, realizados mediante solicitação são:

[...]

XIV - deslocamento ou remoção de poste;

XV - deslocamento ou remoção de rede;

20. Outrossim, o §1º do artigo 88 assim estabelece quanto à necessidade de observância ao cronograma da distribuidora:

§ 1º Devem ser executadas de acordo com o cronograma da distribuidora, observados os prazos específicos estabelecidos na regulação e na legislação:

[...]

II - obras de responsabilidade do consumidor, demais usuários e outros interessados, de que trata o art. 110;

[...]

V - obras de deslocamento ou remoção de poste e rede, de que tratam os incisos XIV e XV do caput do art. 623;

21. Quanto aos valores dos serviços cobráveis (discriminados, como visto, no art. 623 da resolução), os artigos 624 e 625 assim preveem, no que é pertinente à espécie:

Art. 624. Os valores dos serviços cobráveis são:

[...]

III - serviços dos incisos XIV e XV do caput do art. 623: conforme orçamento de conexão elaborado pela distribuidora, observadas as etapas, prazos e condições do Capítulo II do Título I;

Art. 625. A distribuidora deve cobrar os serviços dispostos no art. 623 no faturamento regular, após a sua prestação.

§ 1º A distribuidora pode cobrar os serviços dos incisos XIII a XVI do caput do art. 623 por meio de documento diferente da fatura, e condicionar a execução ao seu prévio pagamento.

§ 2º Mediante solicitação expressa de consumidor submetido à Lei de Licitações e Contratos, a cobrança dos serviços dos incisos XIII a XVI do caput do art. 623 deve ser adicionada ao faturamento regular após a sua prestação pela distribuidora.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

22. Por fim, e considerando o teor da carta contrato encaminhada pela RGE (doc. 62205, fls. 30/33), que dá conta de que o valor a ser custeado pelo Município de Canoas corresponde à denominada **Participação Financeira do Consumidor – PFC**, convém trazer à baila, ainda, os seguintes dispositivos da resolução:

Art. 21. A distribuidora deve disponibilizar em sua página na internet soluções para que o consumidor e demais usuários possam:

[...]

IV - pagar, por meio de boleto, PIX, código de pagamento de resposta rápida alternativo (QR Code ou outro), endereço digital ou equivalente, a participação financeira e, no caso de unidade consumidora com minigeração distribuída, os custos de adequação do sistema de medição; (Redação dada pela REN ANEEL 1.059, de 07.02.2023)

Art. 83, § 4º A devolução dos contratos assinados e o pagamento da participação financeira e adicionalmente, no caso de minigeração distribuída, dos custos de adequação no sistema de medição, caracterizam a aprovação do orçamento de conexão e a autorização para execução das obras.

Art. 98. O consumidor e demais usuários, observados os critérios de gratuidade dispostos no art. 104 e no art. 105 e as obras de responsabilidade exclusiva, são responsáveis pelos seguintes custos:

[...]

IV - participação financeira nas obras de responsabilidade da distribuidora, calculada conforme art. 108.

Art. 107. O pagamento da participação financeira pode ser parcelado no caso de solicitação do consumidor e aprovação da distribuidora, mediante formalização por meio de contrato ou outro instrumento.

Art. 108. A participação financeira do consumidor é a diferença positiva entre o orçamento da obra de mínimo custo global, proporcionalizado nos termos deste artigo, e o encargo de responsabilidade da distribuidora.

23. Com efeito, vários dos pontos a seguir esmiuçados no presente parecer jurídico se baseiam, entre outros, nas normas supracitadas – de observância obrigatória pelo Município de Canoas, enquanto consumidor do serviço, e pela RGE, enquanto concessionária/distribuidora.

B) DA VIABILIDADE DA CONTRAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
ART. 25, CAPUT, DA LEI 8.666/93.

24. Primeiramente, convém consignar que, apesar de a regra para as contratações públicas ser a prévia realização de processo licitatório, a Lei nº 8.666/93 traz exceções, nos artigos 24 e 25, em que possível a contratação direta, mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, conforme inclusive autoriza o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, ao ressaltar da obrigação de licitar os casos assim especificados na legislação.

25. No caso em apreço, verifica-se que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação *sui generis*. Isso porque, *prima oculi*, o caso em apreço não se encaixaria em nenhuma das hipóteses autorizadas do art. 25 da Lei nº 8.666/93 ou mesmo do art. 74 da Lei nº 14.133/2021.

26. Contudo, não se pode olvidar que as regras acerca das licitações – bem como de suas hipóteses de dispensa e inexigibilidade – têm como fins principais **(i) a observância da isonomia** entre os licitantes, permitindo que todos os interessados possam prestar determinado serviço ou



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

fornecer bens à Administração Pública; e (ii) a **busca da proposta mais vantajosa** para a Administração Pública – que, ao fim e ao cabo, será aquela que melhor atenderá ao interesse público.

27. Nessa esteira, sempre importante lembrar que a licitação não pode ser um fim em si mesmo, mas sim um instrumento por meio do qual a Administração deve se valer para obter o melhor atendimento ao interesse público. É dizer: o procedimento não pode importar mais que o fim que se pretende atingir.

28. Sobre tal ponto, o ínclito administrativista Sidney Bittencourt vaticina que “*a inviabilidade de competição se aplica também aos casos em que se caracterize uma disputa inútil ou prejudicial ao interesse público*”² (grifo nosso).

29. Na mesma linha, o escólio de Ronny Charles:

*A inviabilidade tem como referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público, motivo pelo qual é inexigível uma licitação cuja obrigatoriedade o contrarie. [...] Nessa feita, competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória, não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público)*³. (grifo nosso)

30. Aqui, impende retomar a doutrina de Sidney Bittencourt⁴, que destaca o seguinte:

Assim, a inviabilidade de competição pode derivar de inúmeras causas, todas em face da ausência de elementos necessários à licitação. Nesse contexto, são duas as espécies do gênero “inviabilidade licitatória”:

- a) as que têm origem nas características do objeto pretendido; e*
- b) as que derivam das circunstâncias que envolvem o sujeito a ser contratado. (grifo nosso)*

31. Isto considerado, observa-se que, no caso em apreço, a utilização do procedimento licitatório não só **frustraria a obtenção da proposta mais vantajosa** pela Administração Pública como, lado outro, também **não atingiria o desiderato da isonomia**, uma vez que, aparentemente, do que se pode extrair de todos os elementos constantes nos autos, nenhuma outra pessoa jurídica poderia atender a Administração da mesma forma como a concessionária atenderia.

32. É de assinalar, nesse aspecto, que, além de o valor orçado pela concessionária (conforme carta-contrato e boleto de doc. 62205, fls. 30/35) ser consideravelmente menor que os demais orçamentos que o ente público logrou obter, o §1º do artigo 88 estabelece que obras de deslocamento ou remoção de poste e rede “*devem ser executados de acordo com o cronograma da distribuidora*”. Ou seja, de toda forma, ainda que um terceiro fosse contratado pelo município para a obra (por valor certamente superior, repita-se), a sua realização dependeria de cronograma estabelecido pela própria RGE.

² BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, De 30 De Junho De 2016 – Lei Das Estatais. Lisboa : Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273822. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273822/>. Acesso em: 24 mai. 2023.

³ CHARLES, Ronny. Leis de Licitações Públicas comentadas. 4. ed. Salvador: Juspodivm,

⁴ Op. cit.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

33. Nessa mesma senda, a justificativa do ordenador de despesas dá conta da necessidade de que eventual realização de obras por terceiro (prestador de serviços contratado pelo consumidor) deve ocorrer em conformidade com a Norma Técnica GED 14186 (doc. 62205, fls. 44/89). Alguns pontos de destaque nessa norma técnica foram levantados na justificativa, entre os quais a previsão de que a distribuidora deve **anuir à execução de qualquer obra, cujo projeto deve ser previamente submetido à RGE**, ficando ainda mais evidente o *know how* da distribuidora.

34. Que não se olvide, ainda, que o projeto em voga foi desenvolvido pela própria RGE, o que em tese representa minoração, nos dizeres da área técnica competente, do risco de problemas e eventuais atrasos na obra. É de se considerar, inclusive, que, conforme consta na justificativa, a rede de postes que será objeto de intervenção abastece o Município de Nova Santa Rita, reforçando a necessidade da maior diligência, zelo e expertise na execução da obra.

35. A secretaria requisitante, ainda, faz ressalva na justificativa à possibilidade de, nos termos da Norma Técnica GED 14186 (item 4.5), o Município ser responsabilizado pela concessionária/distribuidora por eventual “*descumprimento de qualquer aspecto de ordem legal (prazos regulatórios, tempos de interrupção, questões de segurança do trabalho, etc)*”; risco esse anulado caso a própria concessionária/distribuidora execute a obra a sua conta e risco.

36. Por todo o exposto, fica claro que, muito mais do que a questão do valor (embora, de fato, o valor da RGE seja consideravelmente menor que os demais orçamentos obtidos), há, na espécie, questão de manifesto *know how* da concessionária/distribuidora de energia para a execução da obra, tornando-a muito mais segura sob todos os aspectos ao ente público consumidor e aos próprios usuários do serviço de utilidade pública em voga.

37. É dizer: na espécie, pelo que consta da justificativa e dos documentos colacionados pela área técnica competente, **nenhuma empresa apresenta condições de oferecer ao ente público o que a RGE oferece, enquanto concessionária e distribuidora de energia atuante no município, seja em relação ao preço, seja em relação ao próprio projeto e execução da obra de remoção/deslocamento de postes e rede.**

38. Cumpre destacar, a propósito, que tanto o rol do art. 25 da Lei nº 8.666/93 quanto o do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 são, patentemente, **exemplificativos**, o que se pode depreender da utilização, pelo legislador, das expressões “em especial”(no caso do art. 25) e “em especial nos casos de” (no caso do art. 74). Ou seja, permitem que o Administrador lance mão do instituto da inexigibilidade em hipóteses outras, conquanto não arroladas nos incisos de tais artigos. Nesse passo, cite-se, novamente, a lição de Sidney Bittencourt:

Ao tratar da inexigibilidade licitatória, no art. 74, o legislador, após ressaltar o principal aspecto que a envolve (a inviabilidade de certame competitivo), fez constar, a título elucidativo, os mais tradicionais exemplos de situações com essas características, sem a preocupação de exauri-las. Tanto é que, ao traçar o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

texto do caput do dispositivo, registrou a expressão “em especial nos casos de”, inculcando a não taxatividade das hipóteses elencadas⁵.

39. E continua o aclamado jurista:

Deflui-se, por conseguinte, que o caput do art. 74 tem função normativa independente, podendo uma contratação direta nele fundar-se exclusivamente, sem a necessidade de enquadramento em qualquer um dos incisos, que, como explicitado, apenas exemplificam alguns casos passíveis de enquadramento⁶.

40. Na mesma senda, o que bem observa Gabriela Pérsio:

A proposta de compreensão ampliada envolve, primeiramente, estabelecer uma premissa maior para a inviabilidade de competição, caracterizando-a como qualquer situação em que os modelos de licitação disponíveis no ordenamento jurídico não se mostrarem adequados e suficientes para o alcance dos resultados pretendidos pela Administração. É perfeitamente possível extrair tal compreensão do conjunto de regras dispostas no art. 74 da nova Lei, uma vez que todas as situações elencadas nos seus incisos trazem consigo o traço da inaplicabilidade da licitação como caminho para a contratação.

41. Sobre o caso concreto, rememora-se, ainda, a natureza de pessoa jurídica sujeita à regulação de autarquia federal, qual seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, razão pela qual aplicar-se-ão a tal entidade as normas advindas da referida agência reguladora, ensejando, por si só, uma situação *sui generis* de contratação, diante do que dispõem os termos da **Resolução Normativa nº 1000/2021** de tal agência, cujos artigos entendidos de maior destaque na espécie foram supratranscritos.

42. Pelo exposto, entende-se que, diante de todo o histórico e de todo o exposto, a melhor solução jurídica ao caso seria a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, sobretudo ao se considerar as peculiaridades que envolvem o caso em análise, o qual parece sugerir que **a utilização da licitação no caso em tela, a um só tempo, não cumpriria com as funções constitucionais e legais de tal instituto e ainda traria nítido prejuízo ao erário.**

43. Outrossim, quanto aos demais requisitos elencados no art. 26 da Lei nº 8.666/93 (razão da escolha do fornecedor/executante e a justificativa do preço – incs. II e III, respectivamente), consta nos autos terem sido avaliadas outras possibilidades visando à consecução dos serviços em voga, inclusive mediante cotação de preços junto aos fornecedores, optando-se ao final, pela contratação direta da RGE, se juridicamente viável, consideradas as diversas razões sobre as quais já se discorreu e o valor orçado pela concessionária – que, repita-se, é o menor entre todos os valores obtidos.

44. Nesse aspecto, é oportuno colacionar o seguinte trecho da justificativa de doc. 62205, fls. 02/07:

⁵ Op. cit.

⁶ Op. cit.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

Assim, frustrada a tentativa de licitação e na busca da realização da necessária remoção da rede de alta tensão no local a qual é imprescindível para que se conclua a obra, necessária para o atendimento da população, (a) e cujo custeio tem origem em financiamento (FINISA) para os quais os prazos já estão próximos do esgotamento; (b) em face dos riscos de contratação de empresa que apesar de habilitada (pela Concessionária) para a realização dos serviços pode não deter a mesma expertise técnica da RGE, da qual dependerá de aprovações, liberações e fiscalização, inclusive para o desligamento da rede; (c) das intercorrências técnicas que podem advir da realização de serviços por terceirizada em face de que a rede a ser removida perpassa por alimentadores que abastecem outros Municípios como o de Nova Santa Rita; (d) da economicidade, pois o custo da execução pela RGE é muito menor, inclusive pelo fato de que a única empresa que pode reabsorver para seu uso / estoque os materiais retirados para seu efetivo; (e) dos custos e da demora na realização de um procedimento licitatório que pode colocar o Município em risco de uma contratação com sobrepreço;

Solicitamos verificar a possibilidade de contratação da Concessionária (RGE) com base na sua expertise na realização dos serviços e economicidade em razão de os que o preço ofertado se encontra em média 85% abaixo dos demais valores em razão de ser a única empresa com possibilidade de reaproveitamento do material retirado e em razão da qual também reverterá (na forma de incorporação) o patrimônio da nova rede instalada.

45. A respeito ainda, convém trazer o seguinte julgado do TCU em caso análogo:

Nas contratações diretas não há que se falar em direcionamento ilícito, pois a escolha do contratado é opção discricionária do gestor, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos no art. 26 da Lei 8.666/1993: justificativa do preço, razão da escolha do contratado e, se for o caso, caracterização da situação emergencial. Acórdão 1157/2013-Plenário Relator: BENJAMIN ZYMLER ÁREA.

46. Entende-se, pois, que atendidos os requisitos legais na espécie, para fins de contratação direta da concessionária RGE para a execução da obra em voga, mediante inexorabilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25, *caput*, Lei nº 8.666/93).

C) DA ANÁLISE DA QUESTÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO / DA FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.

47. Conquanto, diante de tudo que envolve o caso em concreto, possa-se, remotamente, afirmar não ser o caso de aplicação do instituto da inexorabilidade de licitação ante uma leitura fria da lei, não se olvide que a validade de qualquer norma jurídica só pode ser aferida diante de seu cotejamento com o texto da Constituição Federal, eis que esta é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico pátrio.

48. Na doutrina, fala-se, inclusive, no fenômeno da “**filtragem constitucional**”. Sobre tal conceito, assim leciona Luís Roberto Barroso:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

*Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que **toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados**. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a **reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional**.⁷ (grifo nosso)*

49. Verifica-se, portanto, pelas palavras do ilustre Ministro da Suprema Corte, que os institutos jurídicos (como, no caso, o da inexigibilidade) devem ser objeto de uma reinterpretação à luz do que dispõem os princípios constitucionais. É dizer: **só há validade em um determinado comando legal quando este estiver em plena consonância com os primados constitucionais**.

50. Assim, **não se poderia admitir que a observância de uma norma legal conduza a uma situação de extrema desvantagem para qualquer pessoa, sobretudo ao se tratar de uma pessoa jurídica de direito público interno, que, ao fim e ao cabo, tutela os interesses de toda uma coletividade**. No caso em apreço, o apego à mera interpretação literal da lei de licitações poderia ensejar, sem qualquer dúvida, prejuízos ao erário, o que, à luz dos princípios constitucionais, não se pode admitir.

51. Nessa esteira, destaque-se que, dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública, encontra-se o princípio da eficiência, consagrado no *caput* do art. 37 da CF/88, o qual, como é consabido, consubstancia, em apertada síntese, a necessidade de se “fazer mais com menos”, sem descuidar do atendimento ao interesse público da melhor forma possível. Acerca de tal princípio, a lição do Ministro Alexandre de Moraes:

*Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a **melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social**. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum⁸. (grifei)*

52. Logo, no caso em concreto, verifica-se que optar por solução outra que não a contratação direta da concessionária RGE, mormente ao se considerar o elevado custo das demais soluções e outras eventuais intercorrências que poderiam decorrer da contratação de terceiro para a obra, ensejaria cenário de dispêndio de dinheiro público de forma desnecessária, sem, contudo, repita-se, fomentar a isonomia, tampouco a obtenção da proposta mais vantajosa ou o desenvolvimento nacional sustentável.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/Neoconstitucionalismo%20L%20R%20Barroso.pdf> (acesso em 25/05/2023).

⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 25 mai. 2023.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

53. Outrossim, a contratação direta da concessionária atende, ainda, ao princípio da economicidade, tido como um dos principais parâmetros de controle da atividade administrativa por parte dos Tribunais de Contas. Sobre o referido princípio, destaque-se, mais uma vez, a doutrina do ex-Ministro do TCU, Bento Bugarin⁹:

(...) o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o órgão técnico encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional – in casu, o TCU –, ao exame, em especial, pari passu, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos vis-à-vis o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a consequente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social. (grifei)

54. Corroborando com o já exposto, insta salientar, também, a chamada “**derrotabilidade das normas**”, conceito cunhado pelo jurista inglês Herbert Hart, que preceitua a existência, dentro de cada norma, de uma cláusula de exceção implícita, que daria azo, quando necessário, ao seu próprio afastamento. O insigne jurista Ingo Sarlet assim explica tal teoria:

“(...) parte-se da ideia de que as normas jurídicas possuem exceções implícitas, não identificáveis de antemão, e, quando essas exceções são configuradas, elas têm o condão de derrotar a solução normativa extraída prima facie da literalidade da norma. Tal perspectiva não pode ser tratada como equivalente necessário da declaração de inconstitucionalidade, pois a “norma derrotada” pode permanecer no ordenamento jurídico, somente sendo afastada no caso concreto, em virtude da singularidade dos elementos postos em julgamento. Fernando Andreoni Vasconcellos traz um exemplo que ilustra essa situação: “Por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto na Rcl 3.034-2, o STF negou o pedido de suspensão do sequestro de valores do Estado da Paraíba, promovido para o pagamento de precatório a pessoa portadora de doença incurável. Nesta decisão, o Min. Eros Grau reconhece a efetividade e aplicação da previsão do art. 100, § 2.º, da CF [N. do A.: nova redação dada pela EC 94/2016], que prevê o sequestro de precatórios, de quantia necessária à satisfação do débito, exclusivamente para o caso de preterimento de direito de precedência. No entanto, entendeu por bem não aplicar (derrotar) a regra prima facie prevista na Constituição Federal, em razão da situação excepcional do caso concreto. Nesta situação, a decisão apenas derrotou a norma prima facie excepcionalmente, mantendo-a como ‘regra geral’, porém dentro dela foi inserida uma exceção, a qual há de ser seguida nos demais casos similares”¹⁰.

55. O celebrado constitucionalista Dirley da Cunha Junior¹¹, de forma didática, também assevera que a derrotabilidade da norma jurídica significa a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável.

56. No caso em apreço, entende-se que pode ser considerada uma exceção implícita às normas de contratação pública o fato de a contratada se tratar de concessionária de serviço público sujeita à rígida regulação por parte de um órgão federal – no caso, a ANEEL – devendo ocorrer, necessariamente, a observância das Resoluções oriundas de tal autarquia, sobretudo, para o caso em espécie, da **Resolução Normativa ANEEL nº 1000/2021**.

⁹ BUGARIN, Bento. O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 140.

¹⁰ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 25 mai. 2023.

¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. “O que é derrotabilidade das normas jurídicas?” Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas/207200076>. Acesso em 25/05/2023.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

57. Sob tal influxo, parece nítido que a contratação da concessionária para execução dos serviços em questão, independentemente do enquadramento jurídico a ser dado para a contratação direta em exame, é a solução jurídica mais consentânea com os princípios da **eficiência e da economicidade**, mormente ao se considerar que, em tal caso, a licitação se afiguraria em um mero instrumento por meio do qual não se traria qualquer vantagem ao interesse público, como já explanado, tampouco concretude aos princípios inerentes aos processos licitatórios.

D) DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ANTECIPADO.

58. Acerca do tema, é de assinalar, de largada, que não se desconhece o teor dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64, que inadmitem, em regra, a antecipação de despesas. Tais dispositivos estabelecem que “o pagamento de despesa só será efetuado (...) após sua regular liquidação”, a qual, por sua vez, pressupõe a existência do ajuste formal, nota de empenho e comprovante de entrega do bem ou prestação efetiva do serviço.

59. Contudo, o TCU admite, já de longa data, a possibilidade de pagamento antecipado em situações excepcionais (vide Acórdãos 134/1995, 59/1999 e 1442/2003, todos do Plenário), ficando consolidado o entendimento de que poderá ocorrer quando previsto no instrumento convocatório – salvo, claro, no caso de contratação direta – e desde que condicionado à prestação de garantia e seja “a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos” (Acórdão 276/02 – 1ª Câmara).

60. Na mesma senda é a Orientação Normativa nº 37 da Advocacia-Geral da União:

A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIE SENSÍVEL ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS

61. A Lei nº 14.133/2021 inovou na matéria, passando a prever expressamente a possibilidade de pagamento antecipado, conforme dispositivo legal que segue transcrito (com grifo nosso):

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

§ 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.

§ 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

62. Admitem-se, portanto, hipóteses **excepcionais** em que possível a antecipação de pagamento pela administração pública – assinalando-se, por oportuno, que, ante o teor da Lei nº 14.133/2021 (que, no artigo 145, §2º, utiliza o termo “poderá”), restou superado o entendimento de que a prestação de garantia seria requisito intransponível para tal proceder.

63. No presente caso concreto, como se vê, consta na carta contrato encaminhada pela RGE que “*para escolher a opção de execução pela DISTRIBUIDORA, basta efetuar o pagamento do boleto anexo, cujo valor corresponde à Participação Financeira do Consumidor - PFC, dentro do prazo de 30 dias corridos a partir do recebimento desta correspondência*” (doc. 62205, fls. 30/33). Tal cobrança por meio de documento diverso da fatura e prévio à execução dos serviços vem expressamente prevista no art. 625, §1º, da Resolução 1000/2021 da ANEEL, supratranscrito.

64. Trata-se, portanto, *a priori*, de exigência da distribuidora que possui lastro na norma da agência reguladora, e cujo atendimento seria necessário ao próprio início da consecução do serviço pretendido pela administração, razão pela qual se entende juridicamente viável tal proceder pelo município.

65. É de assinalar, porém, que, não obstante a RGE não faça qualquer menção nesse sentido na carta-contrato, o fato é que o art. 625, §2º, da Resolução 1000/2021 da ANEEL, traz a faculdade ao ente público consumidor – uma vez submetido à Lei nº 8.666/93 – de **solicitar à RGE que o pagamento seja feito junto da fatura regular e posteriormente à execução do serviço, o que deverá ser atendido pela concessionária/distribuidora**. Ante a importância, convém destacar mais uma vez o teor do referido artigo da resolução:

Art. 625. A distribuidora deve cobrar os serviços dispostos no art. 623 no faturamento regular, após a sua prestação.

§ 1º A distribuidora pode cobrar os serviços dos incisos XIII a XVI do caput do art. 623 por meio de documento diferente da fatura, e condicionar a execução ao seu prévio pagamento.

§ 2º Mediante solicitação expressa de consumidor submetido à Lei de Licitações e Contratos, a cobrança dos serviços dos incisos XIII a XVI do caput do art. 623 deve ser adicionada ao faturamento regular após a sua prestação pela distribuidora.

66. Outrossim, o art. 107 da referida resolução prevê também a possibilidade de **parcelamento** da participação financeira do consumidor, **caso solicitado pelo consumidor e aprovado pela distribuidora**:

Art. 107. O pagamento da participação financeira pode ser parcelado no caso de solicitação do consumidor e aprovação da distribuidora, mediante formalização por meio de contrato ou outro instrumento.

67. Ou seja, compete ao gestor avaliar a conveniência e oportunidade de formalizar a solicitação junto à RGE para que o pagamento do valor da PFC ocorra não por boleto previamente à execução do serviço, mas, sim, na própria fatura regular e posteriormente à execução (caso em que não restará



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal de Licitações e Contratos - Diretoria Jurídica

escolha à concessionária); bem como que o pagamento da PFC seja parcelado, mediante aceite da RGE.

IV. CONCLUSÃO

68. Ante o exposto, opina-se pela **viabilidade** da contratação direta da RGE Distribuidora de Energia S.A, por inexigibilidade de licitação (art. 25, *caput*, Lei nº 8.666/93), para que realize o deslocamento/remoção da rede elétrica existente na Rua Engenheiro Irineu de Carvalho Braga, composta por 20 postes, **desde que apresentadas as certidões negativas atualizadas que denotem a regularidade fiscal e trabalhista** (conforme se indicou no despacho 67684 que será feito).

69. Convém alertar, porém, para a possibilidade formalizar a solicitação junto à RGE para que o pagamento do valor da PFC ocorra junto à fatura regular e posteriormente à execução do serviço (art. 625, §2º, da Resolução 1000/2021 da ANEEL); bem como que o pagamento da PFC seja parcelado, mediante aceite da RGE (art. 107 da Resolução 1000/2021 da ANEEL).

70. Por fim, assinala-se que necessário revisar a minuta do termo de inexigibilidade de doc. 67678, para que conste como fundamento jurídico o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

É o parecer.

Canoas, 05 de junho de 2023.

Rafael Pereira de Franco
Procurador do Município
Diretor Jurídico – SMLC
OAB/RJ 221.129
Matrícula 125773

Fernanda Bonotto Krebs
Procuradora do Município
Chefe da Unidade de Análise Jurídica – SMLC
OAB/RS 93.499
Matrícula 125774