



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA-GERAL
PARECER

Processo administrativo nº 004084/2024

Órgão interessado: SMTOSU- SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES OBRAS E SERVIÇOS URBANOS

Assunto: Contratação da Concessionária de Energia Elétrica ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S.A - EDP, por inexigibilidade de licitação, em conformidade com a Lei nº 14.133/2021, para remoção de um poste em via pública.

Excelentíssimo Senhor Prefeito,

Trata-se de solicitação de análise acerca da contratação direta da Concessionária de Energia Elétrica ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S.A – EDP, sem a realização de procedimento licitatório, para a execução de serviços de remoção de um poste de energia elétrica, localizado na Rodovia ES-261, próximo à Hox Music House, no município de Itarana/ES.

A contratação foi orçada no valor total de R\$ 1.649,32 (um mil, seiscentos e quarenta e nove reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 1.138,86 (um mil, cento e trinta e oito reais e oitenta e seis centavos) de responsabilidade da Concessionária e R\$ 510,46 (quinhentos e dez reais e quarenta e seis centavos) de responsabilidade do Município de Itarana, conforme contrato/ordem de venda nº 3367264.

A EDP-Espírito Santo é a única concessionária de energia elétrica com concessão para atuar no âmbito de distribuição de energia elétrica no Município de Itarana, conforme declaração anexa.

Encontra-se em anexo toda a documentação necessária para instruir o procedimento.

É o que basta relatar. Passo a opinar.

A Constituição Federal, no art. 37, XXI, impõe a Administração Pública o dever de proceder a suas contratações mediante prévio processo licitatório, o qual visa resguardar, notadamente, os princípios da isonomia, moralidade, publicidade e seleção da proposta mais vantajosa.

Não obstante a regra geral, o próprio legislador constituinte originário abre cláusula de exceção, no referido artigo de lei, quando dispõe “*ressalvados os casos especificados na legislação*”.

Cuida-se o caso em destaque das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação ambas epigrafadas na Lei nº 14.133/21, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Como exceção à obrigatoriedade de licitação, temos a inexigibilidade de licitação que é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a administração pública e o particular, nos casos estabelecidos no art. 74 da Lei 14.133/21, sendo este rol meramente exemplificativo, havendo outras situações fáticas as quais, além das expressas nos incisos I, II e III, a embasar o afastamento da licitação pela modalidade declinada.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA-GERAL**

A contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, baseia-se na inviabilidade da competição, a qual pode decorrer tanto devido à ausência de pluralidade de propostas (sujeitos em condições de contratar), como em razão da singularidade do objeto a ser contratado.

O art. 74 da lei Geral de Licitações e seus respectivos incisos possuem a seguinte redação:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

Conforme dispõe o referido artigo, a licitação é inexigível "quando inviável a competição", sendo tal inviabilidade evidenciada, entre outros casos, quando a contratação de serviços ou a aquisição de materiais só possam ser fornecidos por uma empresa ou representante comercial exclusivo.

Nesse sentido, o art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que a Administração pode contratar diretamente quando se tratar de "serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo". Para comprovar essa exclusividade, a Administração deve apresentar documentação idônea, como atestado ou declaração de exclusividade, como é o caso da EDP-Espírito Santo, única concessionária responsável pela distribuição de energia elétrica no município de Itarana.

Ademais, o §1º do art. 74 da Lei nº 14.133/2021 exige que a Administração demonstre a inviabilidade de competição mediante a apresentação de documentos comprobatórios da exclusividade. A EDP-Espírito Santo já apresentou declaração afirmando ser a única concessionária atuante no fornecimento de energia elétrica no Estado do Espírito Santo, o que atende plenamente às exigências legais.

Conforme mencionado por Marçal Justen Filho, a ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública caracteriza a inviabilidade da competição, uma vez que, quando existe apenas um prestador de serviço capaz de atender a demanda, o processo licitatório se torna desnecessário e ineficaz. A contratação direta, nesse caso, visa garantir a continuidade do serviço público essencial de distribuição de energia elétrica.

Dessa forma, a contratação da EDP-Espírito Santo, sem licitação, para a remoção de poste localizado na Rodovia ES-261, é plenamente justificada pela inexistência de concorrência, uma vez que a empresa é a única concessionária habilitada para prestar o referido serviço no município.

Quanto a esse tema, trago à colação a autorizada visão do renomado doutrinador Marçal Justen Filho, que assim leciona:

“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.”

(...)



**PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA-GERAL**

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 tem cunho meramente 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.” (destacamos)

Neste particular, o ilustre doutrinador nos presta duas importantes informações. A primeira, de que o rol do art. 74, como por nós já afirmado em linhas pretéritas, é meramente exemplificativo. A dispensa de licitação, ao contrário da inexigibilidade, é fruto da criação legislativa; seu rol, portanto, é exaustivo, estando o gestor público visceralmente atrelado às hipóteses consignadas na lei, sendo que, neste caso, fica ao alvedrio do Poder Público licitar ou não.

A inexigibilidade, por sua vez, resulta da realidade fática, e decorre da ausência de pluralidade de alternativas ou a singularidade do objeto, o que torna imprestável a licitação.

No mesmíssimo sentido colhe-se o magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

“No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução ‘em especial’. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico”.

O que a doutrina expressa, com inteira dose de acerto, é que a inviabilidade de competição, em casos tais, também ocorre quando se mostra impossível ou inviável a seleção das diversas alternativas postas, em razão da inexistência de um critério objetivo de seleção.

Esse nos parece ser o entendimento mais correto, apesar de necessitar algumas observações. Digo isso porque todo e qualquer serviço ou aquisição de bem contratado pelo Poder Público, deve obediência a normas de aplicação cogente estampadas na Lei nº 14.133/21, nº 4.320/64 e 101/2000.

Ainda que inexistente relação contratual, deverão ser observadas uma série de regras com o escopo de assegurar a transparência, lisura, economicidade e equilíbrio financeiro das contas públicas.

Nesse aspecto, importante destacar que a realização das despesas públicas compreende três etapas, a saber: (i) o empenho, que cria para o Estado a obrigação de pagar determinado valor; (ii) a liquidação, fase em que se comprova que o credor cumpriu as suas obrigações e que se quantifica com exatidão o valor e a quem se deve pagar; (iii) e o pagamento, quando o Estado emite a ordem bancária em favor do credor.

O art. 58 da Lei nº 4.320/64 assim define o empenho de despesa pública:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. (Veto rejeitado no D.O. 05/05/1964)



**PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA-GERAL**

Dentre as finalidades do empenho, além de firmar um compromisso com dotação financeira apropriada à despesa assumida, destaca-se a função de assegurar a existência de recurso financeiro suficientes para custear a despesa, cujo saldo financeiro passa estar a ela vinculada. A doutrina¹ costuma distinguir, com base na leitura do art. 60 da Lei nº 4.320/64, três tipos de empenho: (i) o ordinário, direcionado a despesas de valor determinado e pagamento único; (ii) o global, próprio para despesas a serem parcelas ao longo do tempo; (iii) e o estimativo, adequada para despesas cujo montante não se possa determinar antecipadamente.

E completa o art. 61 da sobredita legislação:

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

Caso a despesa real supera a estimada, deverá a administração providenciar o reforço do empenho com a respectiva dotação e rubrica financeira. Caso seja a menor, basta a anulação do saldo remanescente.

Veja-se que o caso em questão engloba hipótese de inexigibilidade relacionada à ausência de alternativas para a Administração Pública, dada a existência de apenas um fornecedor daquele produto ou serviço. Como leciona Marçal Justen Filho, essa hipótese se dá com a existência de “monopólio, natural ou não.

O monopólio caracteriza-se quando existe um único fornecedor para um produto ou serviço no mercado. Isso envolve, inclusive, serviços de interesse coletivo (públicos ou não).” No mesmo sentido, converge Edgar Guimarães Ricardo Sampaio:

“A hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso I do art. 74 da Lei nº 14.133/21 autoriza a administração a contratar, sem licitação, tanto o fornecimento de bens quanto a prestação de serviços, desde que o futuro contratado execute o objeto pretendido com condição de exclusividade no mercado. A inviabilidade de competição tratada no dispositivo em questão possui um caráter absoluto. Significa, então, que o interesse público que enseja e legitima a celebração da contratação apenas poderá ser atendido por um certo objetivo, que é capaz de ser executado por um único particular”.

Importante ressaltar que as formas para a demonstração de exclusividade indicadas no §4º do art. 74 da Lei 14.133/2021 são exempli cativas, conforme esclarece Ronny Charles. Veja-se: O §1º do artigo 74 estabeleceu que a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência por marca específica.

Interessante perceber que, embora o dispositivo indique algumas formas para a demonstração de exclusividade (atestado de exclusividade, contrato de exclusividade e declaração do fabricante), este rol é exempli cativo, pois o texto legal faz expressa referência a “outro documento idôneo”. Fez bem o legislador, pois a evolução das formas de contratação e de relacionamento negocial podem produzir formas mais e cientes de demonstração da



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA-GERAL

exclusividade do que as por ele previstas. Em tais hipóteses, compete ao agente público adotar as medidas necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, conforme expõe o próprio Tribunal de Contas da União na conhecida Súmula 255/TCU:

“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.”

Nos casos referentes à exclusividade do fornecedor, em que pese a impossibilidade de realizar cotações com outros fornecedores dada a especificidade do serviço, é possível justificar o preço mediante método comparativo praticado pelo próprio contratado com outros entes privados ou públicos.

As Certidões de Regularidades Fiscais, Previdenciária e Trabalhista, bem como a dotação orçamentária e as justificativas se encontram devidamente juntadas nos autos.

DIANTE DO EXPOSTO, opino pela legalidade da contratação direta da Concessionária de Energia Elétrica ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S.A – EDP, com base na inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, em razão da exclusividade da empresa na prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica no município de Itarana.

O procedimento está de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, devendo a Administração prosseguir com a contratação, conforme os valores orçados e com base na documentação de exclusividade apresentada.

Itarana/ES, 19 de Setembro de 2024.

Assinado por PAULO SERGIO RIZZO 034.***.***.***
MUNICÍPIO DE ITARANA
19/09/2024 11:19:29

Paulo Sérgio Rizzo
Procurador Municipal OAB/ES 8.330