



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA CELSO
SUCKOW DA FONSECA
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO CEFET/RJ
AV. MARACANÃ Nº. 229 - 2º ANDAR - MARACANÃ/RJ - CEP. 20271-110 TELEFONE E FAX (21) 2569-4279

PARECER n. 00576/2023/PROC/GAB/PFCEFETRJ/PGF/AGU

NUP: 23063.006204/2023-10

INTERESSADOS: DICOD-CEFET/RJ

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, COM FULCRO NO NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. PARECER REFERENCIAL. **RECOMENDAÇÃO DE NÃO MISTURAR OS DIPLOMAS LEGAIS, TODO O PROCESSO FOI INSTRUÍDO COM BASE NA LEI 14133/2021.**

I - RELATÓRIO

I.1 Relatório básico

1. O presente Parecer Referencial tem por objeto uniformizar no CEFET/RJ o tema de contratação direta de fornecimento de energia elétrica, por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021 (Novo Marco Legal de Licitações e Contratos).

2. Sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133, de 2021), doravante chamada NLLC, em especial no seu art. 53, à Consultoria Jurídica cabe a realização de controle prévio de legalidade dos processos licitatórios, das contratações diretas, dos acordos, dos termos de cooperação, dos convênios, das adesões a atas de registro de preços, de outros instrumentos congêneres e de seus termos adi vos. Em suas manifestações, o órgão de assessoramento jurídico deve apreciar todos os elementos indispensáveis à contratação e expor os pressupostos de fato e de direito que levam às conclusões jurídicas apresentadas. No mesmo sentido, o art. 11, VI, "b", da Lei Complementar nº 73, de 1993, determina que cabe às Consultorias Jurídicas examinar, prévia e conclusivamente, "os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação". Busca-se, assim, conferir higidez jurídica às licitações e às contratações públicas.

I.2. Do cabimento da manifestação jurídica referencial.

3. A Orientação Normativa AGU nº 55, de 23 de maio de 2014.3.A Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014, do Advogado-Geral da União, inaugurou a denominada manifestação jurídica referencial no âmbito da Advocacia-Geral da União, em resposta aos reclamos por uma maior racionalização, celeridade, eficiência e economicidade da atuação dos seus órgãos consultivos.4.O intuito é tornar dispensável o envio de processos versando sobre a matéria objeto de manifestação jurídica referencial, sem que isso implique em amesquinamento da atuação consultiva ou fragilização da prestação do assessoramento jurídico imposto por lei (art. 11, VI, da Lei Complementar n. 73/1993; art. 53, caput e §4º; art. 72, III, todos da Lei n.14.133/2021).

4. Veja-se o que dispõe a ON n.º 55/2014:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014. O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos. Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014.

5. Tal iniciativa já foi analisada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme verificado no Informativo TCU nº 218/2014: "É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes" (Acórdão 2674/2014-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

6. Como se pode observar, a construção de uma manifestação jurídica referencial depende da comprovação de que o volume de processos possa impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos. Além disso, deve-se comprovar que a atividade jurídica que seria demandada se restringiria à mera conferência de documentos ou à enunciação-padrão de adequação jurídica da instrução ou conclusão firmada pela área técnica.

7. Quanto ao primeiro requisito, tem-se que o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes tem impactado a atuação deste órgão consultivo, em desprestígio ao princípio da razoável duração do processo, e, ocasionalmente, à segurança jurídica. Deveras, a multiplicidade desse tipo de demanda traz impactos negativos no tempo em que os advogados poderiam se dedicar ao estudo e aprofundamento de matérias verdadeiramente complexas e relevantes, nos mais variados temas.

8. Neste cenário, a elaboração de manifestações jurídicas referenciais enquanto medida gerencial para equilibrar o aumento da demanda de processos nesta unidade consultiva tem sido prática adotada pela PF CEFET/RJ desde a chegada desta Procuradora-chefe no ano de 2021. Vislumbro que a contratação de serviços essenciais de fornecimento de energia elétrica é repetitiva e recorrente nos diversos *campi* desta Instituição Federal de Ensino.

9. Nesse sentido, a presente manifestação referencial pode ser considerada, sob certa perspectiva, uma continuidade da política de tratamento conferida por esta PF CEFET/RJ à temática da desburocratização e simplificação de procedimentos de contratação que, a par de apresentarem baixa complexidade, estão em um contexto de maior grau de maturação e consolidação em termos de entendimentos, além de se apresentarem de modo geral como de pouca expressão em termos econômicos (vide Ofício nº 00001/2020/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU; seq. 1 do NUP00688.001194/2020-31).

10. Reforça este posicionamento o fato de que a nova lei de licitações e contratos, Lei n. 14.133/21, trouxe novas, expressas e desafiadoras atribuições à Advocacia Pública. A mera análise de conformidade de minutas de licitações e contratos parece ceder espaço para um conjunto de responsabilidades e atribuições mais arrojadas e interconectadas ao longo de todo o procedimento de contratação pública (e.g. vide art. 8, §3º; art. 10; art. 19, IV; art. 53, caput §4º; art. 72, III; art. 117, §3º; art. 156, §6º; art. 163, V; art. 168; art. 169, II; todos da Lei 14.133/21).

11. A presente proposta de padronização diminuirá a necessidade de análise individualizada dos processos relativos à contratação direta de serviços de energia elétrica prestigiando o princípio da eficiência e uniformizando a atuação do órgão jurídico neste tipo de matéria repetitiva, sem prejuízo da segurança jurídica necessária à prática do ato. Proporcionará ainda o redimensionamento da atuação consultiva para análise das demandas e consultas jurídicas mais complexas e relevantes.

12. Quanto ao segundo requisito, saliente-se que a dispensa de análise jurídica individualizada de processos que tenham por objeto a contratação direta de serviços essenciais de energia elétrica em razão deste tipo de processo ser, em geral, de baixa complexidade, instruído com atos e documentos de cunho meramente administrativo e revestidos de certa singeleza, cuja conferência é de atribuição dos agentes responsáveis pela instrução do processo. De fato, em casos como tais, a atividade jurídica acaba por se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência documental.

13. Não se está a dizer que esses processos jamais deverão ser encaminhados ao órgão jurídico consultivo. Questões de natureza jurídica que eventualmente sobressaíam de um processo e que suscitem dúvidas específicas no gestor público quanto a forma de proceder podem e devem ser pontualmente submetidas à análise da unidade consultiva sempre que o órgão assessorado entender necessário.

14. Pelo exposto, considerando que, a uma, todo o contorno jurídico que envolve o processo de contratação direta de serviços essenciais de energia elétrica, já está contido no presente Parecer Referencial; a duas, a pluralidade de processos com matéria jurídica idêntica a impactar a atuação do órgão consultivo; e, por fim, a análise dos mesmos demandar mera atividade burocrática de conferência documental, resta configurado que a situação objeto de análise se amolda às diretrizes traçadas na Orientação Normativa nº 55/2014, dispensando-se a submissão individualizada e obrigatória de processos versando sobre esta matéria à análise unidade consultiva.

15. Por fim, registre-se que compete ao Órgão assessorado atestar que o assunto tratado no processo corresponde àquele versado na manifestação jurídica referencial, para o fim de não encaminhamento do mesmo. Decorre daí, que não se deve adotar como praxe o envio dos autos para a PF CEFET/RJ deliberar se a análise individualizada se faz necessária ou não, pois o escopo da manifestação referencial é justamente eliminar esse trâmite

I.3.Finalidade, abrangência e limites do Parecer

16. Esta manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio da legalidade administrativa dos atos a serem praticados, conforme estabelece o artigo 53, § 4º, da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá :I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade; II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;(…)

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

17. Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da imbricação com questões jurídicas, na forma do Enunciado BPC nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 7A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

18. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

19. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

20. Finalmente, impõe-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

I.3 - DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO COMBINADA DA LEI 8666 E DA LEI 14133

21. Chamo a atenção da Administração ao fato de que é vedada a aplicação combinada da Lei 8666/1993 e da Lei 14.133/2021, veja-se:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o [inciso II do caput do art. 193](#), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, **vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.**

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no [inciso II do caput do art. 193 desta Lei](#), o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

22. **Assim, vendo que o presente processo foi todo instruído com base na NLCC, recomendo a correção do conteúdo do Despacho SUAP #39286, o qual faz referência, erroneamente à Lei 8666/1993.**

II – REQUISITOS DA CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

23. Preliminarmente, é necessário que o gestor atente que este parecer jurídico referencial é cabível quando configurada hipótese de inexigibilidade de licitação.

24. Desde o dia 1º de abril de 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.133, de 2021 (NLCC), que passa a estabelecer as normas gerais de licitação e contratações públicas. É sabido que, em regra, toda contratação pública deve ser precedida de processo licitatório. Essa exigência deriva de diversos princípios constitucionais que informam a atuação da Administração Pública, dentre os quais destacam-se os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A obrigatoriedade de realização de licitação, contudo, não é uma finalidade em si mesma, por isso, o próprio art. 37, XXI, da Constituição Federal, admite que a legislação estabeleça exceções à regra. É dizer, o constituinte originário, ciente de que em alguns casos a obrigatoriedade de licitação poderia sacrificar outros valores de igual ou maior importância, autorizou o legislador ordinário a criar exceções à obrigatoriedade de licitação.

25. Nesse sentido, a Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu, em seus arts. 72 a 75, as hipóteses de exceção à realização prévia de processo licitatório para a contratação pelo poder público, quais sejam: a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação. Os institutos aparecem, respectivamente, nos arts. 74 e 75 da referida Lei.

26. O enquadramento legal deste parecer referencial consta no art. 74, inciso I, da Lei 14.133, de 2021, uma vez que corresponde à hipótese de exclusividade no fornecimento de energia elétrica na base territorial do município ou

Distrito Federal em virtude da figura do fornecedor exclusivo, restando, assim, inviável a competição, que é pressuposto lógico do procedimento licitatório.

27. O enquadramento legal deste parecer referencial consta no art. 74, inciso I, da Lei 14.133, de 2021, uma vez que corresponde à hipótese de exclusividade no fornecimento de energia elétrica na base territorial do município ou Distrito Federal em virtude da figura do fornecedor exclusivo, restando, assim, inviável a competição, que é pressuposto lógico do procedimento licitatório. Em outras palavras, o presente parecer referencial poderá servir ao gestor caso esteja diante de situação que autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação, pela existência de apenas um fornecedor habilitado na prestação do serviço.

28. Considerando-se a atual regulação do setor de fornecimento de energia, é preciso ressaltar que não haverá a configuração de situação de inexigibilidade caso o órgão ou entidade contratante se enquadre como consumidor livre ou potencialmente livre, conforme arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 1995, e Decreto nº 5.163, de 2004. Ressalto que esta não é a hipótese que ordinariamente ocorre no CEFET/RJ, quando contrata-se a concessionária que detém o monopólio do fornecimento de energia elétrica da região.

29. A este respeito, observa-se que a impossibilidade de competição poderá se caracterizar e, portanto, a inexigibilidade de licitação também, qualquer que seja a modalidade tarifária da unidade consumidora. Em outras palavras, a inviabilidade da concorrência poderá ser demonstrada, quando for obrigatória a aquisição da energia elétrica do único fornecedor habilitado no caso concreto, configurando-se hipótese de inexigibilidade de licitação.

30. Portanto, a contratação direta sobre a qual se debruça a presente manifestação referencial há de ter por fundamento o art. 74, inciso I, da Lei 14.133, de 2021, sendo, destarte, exigíveis os requisitos elencados no art. 72, caput, da mesma lei, *verbis*:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI - razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade competente. Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

31. A Lei nº 14.133, de 2021, possui no seu art. 109 a previsão de que é possível a contratação por prazo indeterminado, desde que atendido ao requisito de comprovação, a cada exercício financeiro, da existência de créditos orçamentários vinculados à contratação, nas hipóteses em que a Administração Pública é usuária de serviços públicos em regime de monopólio. Tal situação será analisada mais adiante neste parecer.

32. Além destes requisitos, também serão necessários os usuais para contratações em geral, tais como: a) regular formalização da contratação em processo administrativo; b) comprovação de inexistência de óbices para a contratação pela Administração; c) autorização para a realização da despesa emitida pela autoridade competente, nos termos do Decreto nº 10.193, de 2019; d) em sendo o caso, declaração da compatibilidade da contratação com a Lei de Responsabilidade Fiscal; e e) previsão da contratação no Plano de Contratações Anual (PCA).

33. Passa-se a expor, de forma pormenorizada, cada um dos requisitos, tendo em vista as peculiaridades da contratação de fornecimento de energia elétrica:

34. a) Instrução Processual e Etapa de Planejamento

35. O Documento de Formalização da Demanda consiste em documento obrigatório, que deverá constar em qualquer processo de contratação, nos termos do art. 12, VII, e do art. 72, I, da Lei nº 14.133, de 2021. 27. De acordo com

o art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

36. Com efeito, no que pertine à licitação, bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, nos termos do Decreto nº 8.539, de 2015 e art. 12, VI, da Lei nº 14.133, de 2021.

37. Alerta-se que “a digitalização dos atos praticados no curso do processo licitatório será medida preferencial, deixando margem para a possibilidade de utilização de atos em processo físico”, uma vez que chama atenção o advérbio “preferencialmente” constante no inciso VI do art. 12 da Lei nº 14.133, de 2021, que possibilita a utilização da forma física, desde que devidamente justificada pelo gestor quando se depreenda com situações bem excepcionais.

38. Assim, para a contratação do fornecimento de energia elétrica, deve ser formalizado processo administrativo digital (a realização de processo físico deve ser exceção, devidamente justificada nos autos), juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes.

39. De acordo com o art. 6º, inciso XXIII, alínea ‘b’, da Lei nº 14.133, de 2021, a fundamentação da contratação é realizada mediante “referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas”.

40. Os estudos preliminares devem seguir as diretrizes constantes da Instrução Normativa SEGES nº 58, de 8 de agosto de 2022, devendo servir para análise da viabilidade da contratação, e para o levantamento dos elementos essenciais que servirão para compor o termo de referência ou projeto básico. Nesse sentido determina o art. 9º, da mencionada Instrução Normativa:

Art. 9º Com base no Plano de Contratações Anual, deverão ser registrados no Sistema ETP Digital os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - descrição dos requisitos da contratação necessários e suficientes à escolha da solução, prevendo critérios e práticas de sustentabilidade, observadas as leis ou regulamentações específicas, bem como padrões mínimos de qualidade e desempenho; III - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e jus fica a técnica e econômica da escolha do modo de solução a contratar, podendo, entre outras opções: a) ser consideradas contratações similares feitas por outros órgãos e entidades públicas, bem como por organizações privadas, no contexto nacional ou internacional, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração; b) ser realizada audiência e/ou consulta pública, preferencialmente na forma eletrônica, para coleta de contribuições; c) em caso de possibilidade de compra, locação de bens ou do acesso a bens, ser avaliados os custos e os benefícios de cada opção para escolha da alternativa mais vantajosa, prospectando-se arranjos inovadores em sede de economia circular; e d) ser consideradas outras opções logísticas menos onerosas à Administração, tais como chamamentos públicos de doação e permutas. IV - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; V - esboço das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, considerando a interdependência com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; VI - esboço do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - justificativas para o parcelamento ou não da solução; VIII - contratações correlatas e/ou interdependentes; IX - demonstração da previsão da contratação no Plano de Contratações Anual, de modo a indicar o seu alinhamento com o instrumentos de planejamento do órgão ou entidade; X - demonstração dos resultados pretendidos, em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; XI - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, tais como adaptações no ambiente do órgão ou da entidade, necessidade de obtenção de licenças, outorgas ou autorizações, capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logísticas

reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; e XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

41. Na hipótese concreta, deverá o gestor jus ficar a necessidade da contratação, esmar as quantidades demandadas, com suporte nas faturas dos anos anteriores e nos eventuais projetos de ampliação da unidade, do número de servidores ou do horário de atendimento, e confirmar a exclusividade no fornecimento, bem como a uniformidade dos preços praticados, declarando, ao final, a viabilidade da contratação.

42. A análise de riscos, por sua vez, consiste na identificação dos riscos que possam comprometer o atendimento do interesse público, por meio da contratação pretendida, e na definição de métodos para seu tratamento. Cabe ressaltar que a análise de riscos não se confunde com a matriz de alocação de riscos, já que aquela é ato interno de planejamento da contratação, enquanto esta é cláusula contratual de pactuação de riscos com o contratado.

43. Observa-se que o art. 14 da Instrução Norma va SEGES nº 58, de 2022, não dispensou a elaboração de estudos técnicos preliminares nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Ademais, não há previsão normativa que dispense a elaboração da análise de riscos nas hipóteses de inexigibilidade. Assim, salvo a superveniente edição de algum ato norma vo que venha a dispensar a juntada dos documentos constantes do ar go 72, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, os estudos técnicos preliminares e a análise de riscos devem ser colacionados aos autos.

44. É importante atentar que a locução “termo de referência” designa o documento jurídico administrativo previsto no art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021, que contém as informações necessárias, fornecidas pela Administração Pública, para delimitar o objeto contratado, sem, entretanto, trazer especificações técnicas cuja preparação é priva va de determinados profissionais, como engenheiros, arquitetos e técnicos industriais. (vide art. 3º, inciso I, da IN Seges/ME nº 81, de 2022).

45. Conforme dispõe o art. 4º da IN SEGES/ME nº 81, de 25 de novembro de 2022, o Termo de Referência deve ser elaborado no Sistema TR Digital ou em ferramenta informatizada própria. 37. Assim como ocorre quanto ao ETP e à análise de riscos, não há previsão normativa que dispense a elaboração do Termo de Referência nas hipóteses de inexigibilidade. Desse modo, salvo a superveniente edição de algum ato normativo que venha a dispensar a sua juntada, entende-se que não pode ser dispensado o Termo de Referência na hipótese concreta, o qual deverá delimitar o objeto da contratação, dispondo, concisamente, sobre justificativa de sua necessidade, seu objetivo e o local em que deverá ser fornecido o serviço. Deve haver informação acerca da disponibilidade orçamentária e financeira do órgão ou entidade contratante e, por fim, deve ser justificada a estimativa de consumo e o respectivo custo mensal e total da contratação.

46. Para embasar a estimativa de consumo, custo mensal e total da contratação, deve ser anexado ao Termo de Referência as faturas de consumo de energia elétrica do exercício anterior, caso tais documentos não constem dos estudos técnicos preliminares. Na hipótese de haver estimativa de aumento de consumo, deverá a autoridade jus ficá-lo, por exemplo, pelo acréscimo de servidores, ampliação do local atendido ou do horário de seu funcionamento, devendo tal justificativa ser juntada aos autos. A Portaria SEGES/ME nº 938, de 02 de fevereiro de 2022, instituiu o catálogo eletrônico de padronização, o qual deverá ser consultado para verificar se a contratação almejada está contemplada em seus termos quando das licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto, bem como nas contratações diretas de que tratam os incisos I do art. 74 e os incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021.

47. O inciso II do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece a necessidade da estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma prevista no art. 23 da mesma Lei. Assim, a estimativa de preços deve ser precedida de regular pesquisa, nos moldes do art. 23 da Lei nº 14.133, de 2021, e da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 07 de julho de 2021.

48. O §4º do art. 23 previu que, nas hipóteses de contratação direta, quando não for possível esmar a despesa conforme disciplina o dispositivo, “contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo”. A Instrução Norma va nº 65, de 2021, por sua vez, disciplinou no seu art. 7º que a justificativa de preços poderá ser “dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada,

por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo” (§1º).

49. O art. 72, VII, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que seja jus ficado o preço da contratação. Como o fornecimento de energia elétrica é remunerado por tarifa, a qual deve ser homologada pela ANEEL, deve a Administração se certificar acerca da regular e uniforme aplicação pela concessionária de tarifas devidamente homologadas pela ANEEL.

50. Assim, deve constar dos autos documento oficial ou firmado pela fornecedora exclusiva, atestando que os valores cobrados equivalem àqueles homologados pela ANEEL. Sem prejuízo, deve a Administração consultar a concessionária acerca da existência de condições mais favoráveis de contratação, devendo ser colacionado aos autos o resultado de tal pesquisa. A propósito, havendo preços especiais, estes devem ser observados na vigência contratual.

51. A exigência de parecer jurídico e de pareceres técnicos consta do inciso III do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, quando for o caso, demonstrando o atendimento dos requisitos exigidos. No mesmo sentido, verifica-se a disposição do art. 53, que estabelece a obrigatoriedade, em regra, de parecer jurídico no âmbito da contratação pública, inclusive tratando-se de contratação direta (§4º), sendo dispensável em hipóteses previamente definidas “por ato da autoridade jurídica máxima competente que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico” (§5º).

52. Com relação a esta última previsão, observa-se que este parecer referencial, em consonância com a ON/AGU nº 55/2014, transcrita no item 3 supra, considerando que contratações de serviços de energia elétrica se tratam de serviços padronizados e essenciais, é possível afirmar que, havendo a declaração do gestor que a contratação pretendida se coaduna com os termos deste parecer, poderá ser dispensada a sua análise individualizada por parecer jurídico da unidade consultiva respectiva.

53. Assim, quanto à exigência do parecer jurídico, o presente parecer referencial supre a realização de pareceres individualizados caso a caso, cabendo ao gestor colacioná-lo aos autos do processo de contratação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

54. A necessidade de declaração da existência de recursos orçamentários está disposta no inciso IV do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021. Assim, a declaração de disponibilidade orçamentária, com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa, é uma exigência legal, que consta do Novo Marco Legal de Licitações e Contratos e também decorre de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa.

55. Imprescindível, outrossim, as declarações de reserva de recursos suficientes para atendimento da despesa e de compatibilidade com as leis orçamentárias, nos termos do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000. Todavia, nas hipóteses albergadas pela ON AGU nº 52/2014 [7], ou seja, no caso de "despesas ordinárias e rotineiras (...) já previstas no orçamento e destinadas à manutenção de ações governamentais preexistentes" está o gestor dispensado de sua apresentação, desde que esteja expresso nos autos que a contratação se refere a despesas ordinárias e rotineiras.

56. O inciso V do art. 72 da Nova Lei de Licitações determina que se comprove que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínimas necessárias. Neste sentido, o §4º do art. 91 da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que é necessário que sejam atendidos os seguintes requisitos:

Art. 91 (...) § 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

57. A regularidade fiscal federal; a regularidade perante a Seguridade Social; a regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; a regularidade trabalhista; a declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal; e a ausência de penalidade que vede a contratação com o órgão, podem ser verificadas mediante consulta nos seguintes endereços, sem prejuízo de outras consultas julgadas relevantes.

58. Com relação à previsão contida no art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 2002, atente-se que o cadastro do CADIN é meramente informativo, de modo que a existência de pendências não impede a contratação.

59. Na hipótese de irregularidade ou insuficiência de alguma das certidões, traz-se à colação o entendimento cristalizado na ON/AGU nº 09/2009:

A comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e, concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora.

60. O entendimento da referida ON se aplica à Lei nova, eis que não se refere especificamente ao regramento da Lei nº 8.666, de 1993, mas sim aos aspectos lógico-jurídicos das contratações públicas como um todo. No mesmo sentido, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União:

9.2.1. as empresas prestadoras de serviços públicos essenciais sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas, conforme prolatado na Decisão n. 431/1997 e no Acórdão n. 1.105/2006, ambos do Plenário desta Corte. (Acórdão TCU nº 1402/2008 Plenário)

61. Portanto, em sendo constatada irregularidade ou insuficiência em qualquer das certidões, como se trata de serviço público exercido em regime de monopólio pela concessionária, poderá o gestor celebrar o contrato ou efetuar o pagamento, desde que “seja previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante” e “a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora”.

62. Sobre os demais requisitos de habilitação, calha indicar que, diante do serviço prestado (fornecimento de energia elétrica), que comumente é prestado em regime de exclusividade por um único fornecedor, não se mostra recomendável exigir requisitos além dos essencialmente fundamentais, sendo suficiente somente a documentação relacionada à habilitação jurídica (art. 66 da Lei nº 14.133, de 2021) e a já mencionada habilitação fiscal, social e trabalhista (art. 68 da Lei nº 14.133, de 2021). Os demais requisitos de habilitação (técnica e econômico-financeira) se mostrariam excessivos e poderiam, eventualmente, inviabilizar a contratação, o que somente traria prejuízos à Administração e ao interesse público.

63. O art. 72, VI, da Lei nº 14.133, de 2021, determina que seja jus ficada a escolha do fornecedor, o que equivale, no caso da contratação direta de fornecimento de energia por inexigibilidade de licitação, a demonstrar que se pretende contratar a única concessionária habilitada a fornecer energia elétrica no território do órgão ou entidade pública contratante.

64. Para tanto, deverá a Administração instruir os autos com comprovação acerca da exclusividade do fornecimento de energia no território do município ou Distrito Federal em questão. Deve ser colacionada ao processo administrativo, de tal forma, i) a declaração da concessionária sobre a exclusividade ou ii) a cópia do contrato de concessão em que especificados os municípios abrangidos pela exclusividade.

65. O inciso VIII do art. 72 da nova Lei de Licitações exige que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta. Essa exigência substitui a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação (art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993). Trata-se de uma mudança positiva, já que ambos os atos acabavam sendo realizados quase que simultaneamente, não havendo um verdadeiro aumento no controle da contratação direta por meio da prática de dois atos distintos.

66. Logo, deve ser acostada aos autos a autorização para a contratação por inexigibilidade emitida pela autoridade competente.

67. Nos termos do parágrafo único do art. 72, da Lei nº 14.133, de 2021, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

68. Outrossim, lembra-se que o art. 94 da Lei n.º 14.133, de 2021 dispõe:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação; II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

69. Em atenção aos dispositivos em destaque, é necessário que o ato que autoriza a contratação direta ou extrato decorrente do contrato seja divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial do órgão, bem como ocorra divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para a eficácia do contrato no prazo de 10 (dez) dias úteis da sua assinatura (arts. 72, §único e 94, ambos da Lei n.º 14.133, de 2021).

70. A necessidade de instrumento contratual está determinada na Lei nº 14.133, de 2021, que determina:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: I - dispensa de licitação em razão de valor; II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. § 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Vide Decreto nº 11.317, de 2022) Vigência

71. Em outras palavras, independentemente do valor da contratação, deve ser colacionado aos autos o instrumento contratual padrão que regerá a relação entre as partes. Ademais, diferentemente da Lei nº 8.666, de 1993, que facultava a utilização do termo de contrato a depender do valor da contratação direta por inexigibilidade, a Lei nº 14.133, de 2021, não incluiu no rol das exceções àquele instrumento contratual, no caso de prestação de serviços, essa forma de contratação direta. Ou seja, é obrigatório que a presente contratação direta ocorra por meio de instrumento contratual e que este seja juntado aos autos.

72. Sobre o contrato de adesão, a Consultoria Jurídica deveria analisar as minutas de contrato, não tendo, no entanto, nem o poder de aprová-las, nem de rejeitá-las.

73. Daí o cabimento do presente parecer referencial, analisando em abstrato minuta-padrão de contrato de fornecimento de energia elétrica, ressaltando-se que, caso alguma cláusula fuja à análise aqui já empreendida e destaque-se por sua abusividade ou manifesta ilegalidade, poderá a Administração optar pelas seguintes providências:

a) encaminhar a reclamação diretamente à ANEEL, ou, no caso de a concessionária ser sediada em Estado que possua agência reguladora de energia própria, submeter a questão previamente a essa entidade, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 914/2021;

b) encaminhar consulta sobre a questão à unidade local da Procuradoria-Geral Federal e/ou

c) demandar à Advocacia-Geral da União a adoção da medida judicial cabível, tenha ou não a reclamação sido solucionada pela entidade reguladora estadual ou pela ANEEL.

74. Ainda sobre o tema, verifica-se o Parecer nº GQ-170, aprovado pelo Exmo. Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União em 13/10/1998, obrigatório para toda a Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, fixou a legalidade da cobrança da multa de mora do órgão federal consumidor no caso de atraso no pagamento de tarifa fixada por concessionária de serviço público. Ademais, o Parecer nº

33/2012/DECOR/CGU/AGU entendeu que é exigível a incidência de atualização monetária no caso de pagamento em atraso pela União, mesmo quando o contrato não contenha tal previsão. Por sua vez, o Parecer nº 78/2011/DECOR/CGU/AGU entendeu que é legítima a suspensão do fornecimento de energia no caso de inadimplimento, ressalvado o caso de serviços essenciais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

III - CONCLUSÃO

75. Diante do exposto, ressaltando-se os aspectos de conveniência e oportunidade, não sujeitos ao crivo desta Consultoria, é juridicamente possível dar prosseguimento ao feito, sem necessidade de submissão individualizada dos autos à PF CEFET/RJ, desde que o Órgão assessorado ateste que o assunto do processo é o tratado na presente manifestação jurídica referencial e atenda as orientações acima exaradas, consoante Orientação Normativa nº55, do Advogado-Geral da União.

76. Ressalte-se que o presente parecer restringe-se aos aspectos legais do procedimento, não cabendo a este órgão consultivo o exame da matéria em razão do aspecto econômico e técnico, nem da oportunidade e conveniência da decisão adotada.113.Reiteramos que eventuais dúvidas jurídicas específicas que surgirem a partir da aplicação da presente manifestação referencial aos casos concretos devem ser submetidas ao crivo do órgão consultivo da AGU

77. **Submeto o presente Parecer Referencial à apreciação da autoridade máxima do CEFET/RJ, o Exmo. Sr. Diretor Geral ou quem o substitua legalmente, a fim de que, concordando com os seus termos, dê amplo conhecimento aos órgãos assessorados, comunicando-lhes a desnecessidade de envio de processos por ela abrangidos para análise individualizada na contratação de serviços sob monopólio de concessionária de energia elétrica.**

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2023.

DANIELA GONCALVES DE CARVALHO
PROCURADORA FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23063006204202310 e da chave de acesso 5b11f47c



Documento assinado eletronicamente por DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1353837965 e chave de acesso 5b11f47c no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-11-2023 11:08. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
