



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

PARECER

Ref. Processo Licitatório CMJP/RN nº 01/2021

Objeto: Contratação de concessionária fornecedora de energia elétrica.

EMENTA: ADMINISTRATIVO.
LICITAÇÃO. DISPENSA. PERMISSIVO
LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 24,
XXII, LEI 8.666/93. REGULARIDADE DO
PROCEDIEMENTO.

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo de dispensa de licitação nº 01/2021, destinado a Contratação direta dos serviços de fornecimento de energia elétrica junto à COMPANHIA ENERGETICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN - CNPJ: 08.324.196/0001-81 que é concessionária exclusiva de energia elétrica em todo o Estado do Rio Grande do Norte. É o breve, porém necessário relato.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

Estabelece o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Sendo assim, o legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório.

A dispensa de licitação é uma dessas modalidades de contratação direta. O art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993 elenca os possíveis casos de dispensa, especificando em seu inciso XXII que é dispensável a licitação quando, in verbis:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

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

A Lei nº 8.666, de 1993 deu contornos distintos aos contratos em que a Administração Pública é contratante e em que é mera usuária de serviço público. Nessa hipótese, as regras pertinentes são ditadas pelo concessionário, permissionário, sem sujeição



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

a algumas regras da Lei referida. É nesse sentido o comando do art. 62, § 3º, da lei nº 8.666, de 1993, in verbis:

"Art. 62. (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

É preciso ter em conta que nos casos de contratação de fornecimento de energia elétrica, a Administração figura como contratante e usuária do serviço público prestado, sujeitando-se pois às condições impostas pelo concessionário ou permissionário. Não pode aqui utilizar-se de seu poder de império. Fica, pois, sujeita às mesmas condições contratuais, previstas para o usuário comum.

Prestados estes primeiros esclarecimentos sobre o enquadramento por dispensa, ao amparo do inciso XXII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, passamos a seguir à análise dos demais requisitos necessários a legitimação da contratação.

A regra geral, contida no caput do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, prevê que a duração dos contratos administrativos deve coincidir com a vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, o prazo de validade dos contratos administrativos não pode ultrapassar os limites de vigência dos créditos orçamentários correspondentes.

Para melhor compreender o conteúdo normativo é preciso entender a premissa da vinculação do contrato à vigência do crédito orçamentário. Neste ponto, válida a lição de Diógenes Gasparini:

"Crédito orçamentário é a autorização constante da lei de orçamento para a execução de programa, projeto ou atividade ou para o desembolso da quantia comprometida a objeto de despesa, vinculado a uma categoria econômica e, pois, a um programa. Esses créditos vigoram até o fim do exercício financeiro em que foram constituídos, consoante o disposto no § 2º do art. 167 da Constituição Federal. Desse modo, o crédito aberto em 15 de fevereiro vigora até 31 de dezembro de ano em que foi constituído. Essa vigência determinará, como regra, a duração do contrato, que não poderá ser maior que a duração desse crédito". (GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 5a. Ed. São Paulo; Saraiva, 2000, p.513).

A vigência do crédito orçamentário tem correlação com a Lei Orçamentária Anual - LOA, que estabelece as regras para a execução do orçamento anual. Os créditos previstos na LOA vigem até 31 de dezembro do exercício correspondente, o que, de acordo com o art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993, significa que os contratos celebrados pela Administração Pública devem vigorar enquanto vigerem os créditos orçamentários aos mesmos vinculados, ou seja,



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

até 31 de dezembro do respectivo exercício, de forma a fazer valer na prática a vedação do § 1º do art. 167, da Constituição Federal.

Contudo, a própria Lei de Licitações apresenta três casos em que o prazo de vigência do contrato poderá ultrapassar o crédito orçamentário. Entre eles, há o inc. II do art. 57, que prevê que os contratos de prestação de serviços de natureza contínua poderão ter a sua duração prorrogada, em iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60 meses, desde que isso seja vantajoso para a Administração.

O mandamento contido no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, é de que os contratos que têm por objeto a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, correspondendo a obrigação de fazer e a necessidade pública permanente, podem ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração pública, limitada essa duração a sessenta meses.

Sobre o assunto, citamos os ensinamentos do professor e advogado João Celso Neto em artigo publicado no Jus Navigandi nº 24/1998, intitulado de Reajuste de preços e limites máximos de vigência (Lei nº 8.666/93), que com muita propriedade nos oferece um exemplo do emprego inadequado da terminologia de serviços. Por confundirem contratação de serviço; mão-de-obra com contratação de serviços/compra e venda, in verbis:

"Juridicamente, não se pode, pois, prestar um serviço de água e esgoto, de eletricidade, de telecomunicações, de transporte público. Dizê-lo é uma impropriedade lingüística. Há, na relação comercial e contratual estabelecida, uma compra e venda (ou uma permuta, doação, empréstimo, qualquer coisa que não locação de serviço).

As concessionárias de serviços públicos de energia, água e esgoto, telefonia, transporte público, serviços postais, gás encanado, etc. não prestam serviços no sentido que a lei dá à palavra serviço. Analogamente, as agências de viagens, contratadas para fornecerem as passagens aéreas, necessárias a atender os deslocamentos dos servidores e empregados da firma contratante, não estão prestando serviços, no sentido legal: estão fornecendo, vendendo, as passagens que seu cliente compra (ou, intermediando essa compra e venda). O objeto do contrato, seu produto, são as passagens emitidas. Tanto é assim que não faturam a mão-de-obra empregada, mas as passagens fornecidas. E empregam seus recursos humanos sem exclusividade ao contratante (a agência atende, também, ao público: o mesmo empregado que emite um bilhete de passagem para o servidor de uma empresa ou ministério, o faz para o de outra entidade contratante, ou para qualquer um, na loja, em caráter particular. Diferentemente, o empregado designado para a recepção, a vigilância, ou a faxina de um Ministério, Autarquia, Fundação Pública, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista ou Serviço Social Autônomo não está, ao mesmo tempo, prestando serviço a outro contratante)".

Também, em face da peculiaridade do assunto, a orientação da Consultoria NDJ tem o seguinte posicionamento:

"Registre-se, inicialmente, que, em nosso entendimento, os contratos de fornecimento de, in casu, passagens aéreas têm por objeto a compra, e não a prestação de um serviço.



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

Com efeito, o contrato de fornecimento, nos dizeres do jurista Diógenes Gasparini, "é uma avença através da qual a Administração Pública adquire, por compra, coisas móveis de certo particular, com quem celebra o ajuste" (cf. in Direito Administrativo, 7ª Ed., São Paulo, 2002, p. 599), não se confundindo com o contrato de serviço, no qual existe um acordo (...) celebrado pela Administração Pública, ou por quem lhe faça as vezes, com um certo particular, diante do qual este lhe presta utilidade concreta de seu interesse. São serviços, nos termos do art. 6º, II, do Estatuto, a demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade e os trabalhos técnicos profissionais" (cf. in ob, cit., p. 498).

A Primeira premissa que se retira dos conceitos acima explanados, portanto, é a de que o contrato de fornecimento não se enquadra na categoria de serviços, na medida em que este não se confunde com a compra, "toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente", nos termos do art. 6º, inc. III, da Lei de Licitações.

A segunda conclusão que se extrai é a de que a vigência desse ajuste deverá subsumir-se na regra geral prevista no caput do art. 57 da Lei Licitação, que vincula a duração dos contratos à vigência dos respectivos créditos orçamentários, posto que, por não se tratar de serviços, não se enquadra, via de consequência, na hipótese legal inserta em seu inc. II, qual seja, a prestação de serviços contínuos, que possibilita a prorrogação e a fixação de prazos mais extensos nos respectivos contratos".

O professor Marçal Justen Filho também exarou posicionamento sobre o assunto no ILC nº 41 de julho/97, p 503, o qual transcrevemos, in verbis:

"Todas essas dificuldades seriam menores se nosso Direito tivesse previsto uma modalidade contratual específica, denominada de contrato de fornecimento. Configura-se quando o particular se obriga a entregar bens, em condições específicas, de modo contínuo, durante determinado período. Dá-se uma espécie de cumulação de compra e venda com prestação de serviço".

Um contrato de compra e venda produz obrigações de dar. Um contrato de prestação de serviços gera obrigações de fazer. Deve-se ter em vista, porém, que a diferença entre essas duas figuras tem natureza técnico-jurídica. Juridicamente, há obrigação de fazer quando a conduta humana objeto da obrigação consiste em ação que não se constitui na transferência do domínio ou da posse de uma coisa corpórea. As obrigações de dar são as que envolvem a transferência de domínio ou de posse.

Marçal Justen Filho sugere como critério a atividade preponderante, essencial, da prestação contratada, sobre a qual recai o real interesse do contratante. Veja-se:

"Como se evidencia, a questão varia conforme o contrato imponha à parte não apenas a transferência do domínio ou da posse de um bem, mas a realização de certas atividades. A solução, em tais casos, reside na preponderância do interesse das partes. Deve-se identificar se o núcleo principal do dever imposto contratualmente consiste no dar ou no fazer. Dito de outro modo, deve-se examinar se o fundamental para as partes é a coisa (objeto da prestação) a ser entregue ou é a conduta humana consistente em fazer".



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

Do texto acima se extrai, principalmente, que, se o núcleo do dever imposto contratualmente consiste no "dar", ou seja, se o fundamental para as partes é a coisa (objeto da prestação) a ser entregue, tratar-se de aquisição; se consistir no fazer, ou seja, se o relevante for a conduta humana, tratar-se de prestação de serviço.

O fornecimento de energia elétrica não pode ser enquadrado como serviço contínuo. Trata-se, evidentemente, de uma necessidade contínua de obtenção de energia pela Administração, mas não um serviço, que pressupõe, evidentemente, uma prestação de fazer e não de dar.

Para identificar se o objeto do contrato administrativo é um fornecimento ou uma prestação de serviços, deve ser considerada a natureza da atividade preponderante a ser desempenhada pelo contratado, sobre a qual reside o real interesse do contratante, partindo-se das noções de obrigação de dar e fazer.

A obrigação principal em contratos de fornecimento de energia elétrica é a entrega do bem (dar), ainda que essencial ao atendimento do interesse público. Desse modo, seu objeto é uma obrigação de compra e venda. Assim a COSERN não prestará qualquer serviço, antes fornecerá um bem, qual seja, energia elétrica, comparada a bem móvel para efeitos legais.

O contrato de fornecimento, por não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses de exceção apontadas nos incisos dos art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, têm sua duração vinculada à vigência do respectivo crédito orçamentário, atendendo à regra geral contida no caput do dispositivo.

Aqui também não pode ser deslembrado, ainda, que nos termos do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, os casos de dispensa de licitação previstos a partir do inciso III do art. 24 devem ser, necessariamente, justificados e comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na Imprensa Oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Este mesmo art. 26, mencionado no item anterior, em seu parágrafo único, exige que os processos de dispensa de licitação sejam instruídos, no que couber, com a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e com a justificativa do preço (inciso III).

No que respeita ao primeiro requisito, qual seja, a escolha do fornecedor quer nos parecer, salvo melhor juízo, demonstrada haja vista tratar-se de fornecedor exclusivo, onde não haveria outra alternativa.

Para cumprimento do segundo requisito, isto é, a justificativa de preços, entendemos também despiciendo qualquer tentativa no sentido da comprovação da sua compatibilidade com os de mercado na medida em que se trata, do mesmo modo, de tarifas preestabelecidas que são cobradas de todos os usuários dos serviços.

III. CONCLUSÃO

Com relação à minuta do contrato de fornecimento de energia elétrica para análise, acostada aos autos, justifica-se a não existência de Cláusula sobre a possibilidade de



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMARA MUNICIPAL DE JARDIM DE PIRANHAS
CNPJ 10.872.752/0001-04 Rua cel. João Florêncio, 275
Centro – Jardim de Piranhas/RN
TELEFAX-(84) 3423.2207

prorrogação do mesmo, pois diante do exposto evidenciou-se que não se aplica neste caso o disposto no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666, de 1993. Ademais, verifica-se que foi elaborada corretamente e em consonância com a legislação em vigor que rege a matéria.

É o parecer que submetemos a consideração superior.

Jardim de Piranhas/ RN, 05 de janeiro de 2021.

Saniely Freitas Araújo

Saniely Freitas Araújo

PROCURADORA JURÍDICA