



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina
Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Parecer Referencial CCA/PGFN nº 04/2020^[1]

[1] Versão do Parecer Referencial nº 04/2019 atualizada em face do Decreto 10.193/2019.

Parecer Referencial CCA/PGFN nº 04/2020

Parecer jurídico referencial. Inexigibilidade. Contratação direta de fornecimento de energia elétrica. Artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

I

O presente Parecer Referencial CCA/PGFN nº 04/2020 tem por objeto expor as recomendações do Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – CCA/PGFN sobre o tema de contratação direta de fornecimento de energia elétrica, por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

2. Inicialmente, ressalte-se que, de acordo com o artigo 38, parágrafo único, da mesma lei, as minutas de editais, bem como as dos contratos, acordos, convênios e outros ajustes devem ser previamente submetidas ao crivo da Consultoria Jurídica da Administração. No mesmo sentido, o artigo 11, VI, "b", da Lei Complementar nº 73/1993, 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.

3. Todavia, em decorrência do elevado número de processos em matérias idênticas e recorrentes, de baixa complexidade jurídica, a Advocacia-Geral da União publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55 (ON/AGU nº 55/2014), que introduziu, no âmbito da Advocacia Pública Federal, a figura da manifestação jurídica referencial.

4. Eis o texto da ON/AGU nº 55/2014:

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.

5. Da breve leitura da orientação acima transcrita, infere-se ter sido autorizada, no âmbito do referido órgão, a elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como aquela que tem por fulcro analisar todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

6. Nessa seara, convém salientar que a importância prática dessa medida reside na desnecessidade de os processos administrativos que versarem sobre matérias jurídicas idênticas às enfrentadas no parecer referencial serem submetidos à análise individualizada pela Consultoria Jurídica. Em tais casos, basta que o administrador ateste, expressamente, que o caso concreto se amolda, aos termos da manifestação referencial adotada.

7. Ressalte-se, nesse ponto, que tal declaração deverá ser emitida pela autoridade competente, não devendo os autos ser encaminhados para o órgão consultivo deliberar se a análise individualizada se faz ou não necessária, visto que o escopo da manifestação referencial é, justamente, eliminar esse trâmite.

8. Desta feita, com base na ON/AGU nº 55/2014, foi elaborada a presente manifestação jurídica referencial, contendo as principais recomendações emitidas nos pareceres elaborados pelos órgãos consultivos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tema contratação direta de fornecimento de energia elétrica, por inexigibilidade de licitação.

9. Cabe ao gestor comparar o caso concreto com o presente parecer, no intuito de fazer o *distinguishing*^[1]. Nesse sentido, a fim de proporcionar maior segurança ao administrador, elaborou-se um *checklist*, de forma que seja possível inferir se o caso concreto enquadra-se aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

10. Caso o administrador constate que o caso dos autos, por suas características peculiares, não se amolda às hipóteses albergadas pelo parecer referencial, deverá encaminhar os autos à **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, instruídos com o *checklist* devidamente preenchido, observando-se os prazos para manifestação previstos na Portaria do Ministério da Fazenda nº 162/2016. Ressalte-se, nesse ponto, que os contratos ou termos aditivos que tenham mais do que um objeto, ou seja, que versem sobre outra questão além da contratação direta de fornecimento de energia, deverão ser encaminhados para análise pelo órgão jurídico. Ademais, por certo, poderá submeter à **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional** consulta a fim de dirimir dúvida sobre alguma questão do caso concreto.

11. Vê-se, portanto, que a manifestação jurídica referencial consiste, em grosso modo, em parecer jurídico exaustivo, destinado a balizar casos concretos cujos contornos se amoldem às premissas abstratamente analisadas pela Consultoria Jurídica.

12. Nesse diapasão, saliente-se que medidas que tenham por objetivo racionalizar a demanda e objetivar a análise de processos têm sido utilizadas, inclusive, pelo Poder Judiciário, a exemplo das súmulas vinculantes, recursos repetitivos e com repercussão geral.

13. Saliente-se, ainda, que tal medida é considerada como salutar pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, conforme excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a

padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas-padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstrato”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica.

14. Igualmente, o Egrégio Tribunal de Contas da União não vislumbrou óbices para adoção de tal tipo de parecer, opinando, inclusive, pela viabilidade da utilização de manifestações jurídicas referenciais, desde que “envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes”, *in verbis*:

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 277, inciso III, 282 e 287, § 1º do RITCU, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede 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 que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma; e

9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao embargante.

(...)

Desse modo, a despeito de não pairar obscuridade sobre o Acórdão ora embargado, pode-se esclarecer à AGU que o entendimento do TCU referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados por este Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes". Acórdão nº 2674/2014.

15. Superada a questão da possibilidade jurídica de utilização de manifestações jurídicas referenciais, passa-se à análise dos requisitos previstos pela ON/AGU nº 55/2014 para emissão desse tipo de parecer.

16. Inicialmente, observa-se que a ON/AGU nº 55/2014 determinou, em linhas gerais, que a edição de manifestações jurídicas referenciais depende da comprovação de dois requisitos, a saber: (i) do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e (ii) da simplicidade da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da conferência de documentos.

17. No que tange ao primeiro requisito, por envolverem serviços essenciais ao funcionamento de todos os órgãos públicos, é fato notório que os processos administrativos que versam sobre a contratação direta de fornecimento de energia representam uma parcela considerável dos procedimentos que tramitam, anualmente, em várias unidades da PGFN. Outrossim, tais processos, quando submetidos à distribuição, em que pese sua baixa complexidade técnica, impactam a atuação dos procuradores lotados nessas unidades, visto que acabam por exigir a devida atenção, dificultando, assim, a maior dedicação de tais servidores no que se refere à orientação jurídica dos órgãos, seja por meio da análise de processos de maior complexidade

jurídica, seja por meio da solução das dúvidas jurídicas que diariamente acometem os gestores e que devem ser sanadas com a maior brevidade possível.

18. Quanto ao segundo requisito, constata-se que o campo de atuação das Consultorias Jurídicas, no que tange a processos que versem sobre contratação direta de fornecimento de energia elétrica, por inexigibilidade de licitação, limita-se à conferência de documentos e declarações acostados aos autos pelos órgãos, não havendo, via de regra, necessidade de análise individualizada e pormenorizada de cada um desses processos.

19. Pelo até agora exposto, verifica-se que a análise jurídica de processos administrativos que tem por objeto a contratação direta de fornecimento de energia, nos termos do artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, amolda-se, perfeitamente, às diretrizes veiculadas pela ON/AGU nº 55/2014.

II – Requisitos da contratação de fornecimento de energia elétrica

20. Deve se observar, em primeiro lugar, que, não obstante o disposto no artigo 24, XXII, da Lei nº 8.666/1993 (segundo o qual configura hipótese de dispensa de licitação a contratação de fornecimento de energia elétrica), **o presente parecer jurídico referencial tem cabimento apenas quando configurada hipótese de inexigibilidade de licitação.**

21. Com efeito, a inexigibilidade de licitação encontra-se presente quando houver inviabilidade de competição, ou seja, quando *“um dos contendores reúne qualidades tais que se torna único, exclusivo, ‘sui generis’, a tal ponto que inibe os demais licitantes, sem condições competitivas”*^[2].

22. Assim, estar-se-á diante de hipótese de inexigibilidade de licitação quando restar demonstrada a exclusividade no fornecimento de energia elétrica na base territorial do município, por restar inviabilizada, neste caso, a realização de procedimento licitatório, haja vista a ausência de pressuposto lógico, traduzido na figura do fornecedor exclusivo^[3].

23. 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.

24. 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 artigos 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 e Decreto nº 5.163/2004**^[4]. Em tal hipótese, o processo de contratação deverá ser analisado pela unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, não devendo, pois, ser adotado o presente parecer referencial, cuja aplicação é restrita a situações em que resta configurada a impossibilidade de competição.

25. 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, tanto para unidades consumidoras do Grupo A, quanto para aquelas do Grupo B^[5], 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.

26. Portanto, a contratação direta sobre a qual se debruça a presente manifestação referencial há de ter por fundamento o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, sendo, destarte, exigíveis os requisitos elencados no artigo 26 da mesma lei, a saber:

- a. justificativa da escolha do fornecedor;
- b. justificativa do preço da contratação direta; e
- c. ato formal de reconhecimento da situação de inexigibilidade.

27. Além disso, deve a Administração seguir os requisitos usuais para a celebração de contratações diretas em geral, a saber:

- d. cumprimento das etapas do planejamento da contratação, no que couber, conforme preceitua o art. 20, § 1º, da IN MPDG nº 05/2017;
- e. regular formalização da contratação em processo administrativo;
- f. certificação de reserva de recursos orçamentários;
- g. comprovação de inexistência de óbices para a contratação pela Administração; e
- h. em sendo o caso, autorização para a realização da despesa emitida pela autoridade competente, nos termos do Decreto nº 10.193/2019.

28. Ademais, além dos requisitos genéricos supracitados, os quais serão detidamente analisados em cotejo com as peculiaridades da contratação de fornecimento de energia elétrica, pode-se incluir, nos termos da ON/AGU nº 36/2011, a possibilidade de contratação do fornecimento de energia elétrica por prazo indeterminado, desde que atendido ao seguinte requisito:

- i. justificativa motivada sobre a contratação por prazo indeterminado.

29. Respeitada tal condição e realizada a contratação por prazo indeterminado, a manutenção da regularidade da contratação dependerá de, a cada exercício financeiro, serem providenciadas:

- a. certificação da manutenção da situação que ensejou o reconhecimento da inexigibilidade;
- b. atualização do projeto básico, com especial atenção para a estimativa de consumo;
- c. certificação acerca da reserva de recursos financeiros para a satisfação da despesa;
- d. comprovação de inexistência de óbices para a contratação da concessionária pela Administração; e
- e. em sendo o caso, autorização para a realização da despesa emitida pela autoridade competente, nos termos do Decreto nº 10.193/2019.

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

a) Razão da escolha do fornecedor

31. O artigo 26, II, da Lei nº 8.666/1993 determina que seja justificada 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.**

32. Para tanto, deverá a Administração instruir os autos com comprovação acerca da exclusividade do fornecimento de energia no território do município 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.**

33. Estando presentes tais documentos, restará preenchido o primeiro requisito para a contratação direta.

b) Justificativa do preço

34. O artigo 26, III, da Lei nº 8.666/1993 exige que seja justificado 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.

35. Assim, **deve constar dos autos documento oficial ou firmado pela fornecedora exclusiva, atestando que os valores cobrados equivalem àqueles homologados pela ANEEL.**

36. 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.

c) Reconhecimento da situação de inexigibilidade e sua ratificação

37. Nos termos do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, faz-se imprescindível que **constem dos autos o ato de reconhecimento da situação de inexigibilidade, sua respectiva ratificação pela autoridade superior e comprovante de sua publicação na imprensa oficial.**

38. Ademais, **deve-se atestar que foram respeitados os prazos de três dias para encaminhamento do ato de reconhecimento da situação de inexigibilidade para a autoridade superior e, de cinco dias, para sua ratificação e publicação.**

39. Tendo em vista que o artigo 11, VI, b, da Lei Complementar nº 73/1993 exige a prévia aprovação das minutas de tais atos pelo órgão de Consultoria Jurídica, deverá a Administração adotar os modelos previamente aprovados por este Conselho, que se encontram no final do presente parecer (Anexo I).

40. Ressalve-se que a adoção de conteúdo diverso para tais atos implicará a necessidade de Encaminhamento das respectivas minutas à **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional** para prévia análise e aprovação.

d) Cumprimento das etapas do planejamento da contratação, no que couber

41. O parágrafo primeiro do artigo 20 da IN MPDG nº 05/2017, determina que “as situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, **no que couber**”.

42. As mencionadas etapas consistem nas seguintes, conforme o caput do dispositivo:

- I - Estudos Preliminares;
- II - Gerenciamento de Riscos; e
- III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

43. Os estudos preliminares devem seguir as diretrizes constantes do Anexo III da IN MPDG nº 05/2017, 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. 24, § 1º, da mencionada Instrução Normativa:

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

- I - necessidade da contratação;
- II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;
- III - requisitos da contratação;
- IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;
- V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI - estimativas de preços ou preços referenciais;
- VII - descrição da solução como um todo;
- VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;
- IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;
- X - providências para adequação do ambiente do órgão;
- XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e
- XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

44. Na hipótese concreta, **deverá o gestor justificar a necessidade contratação, estimar 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.**

45. **Caso o gestor entenda pela desnecessidade de elaboração de documento que materialize os estudos preliminares, deverá juntar aos autos a pertinente justificativa,** conforme autorização da parte final do parágrafo primeiro do artigo 20 da IN MPDG nº 05/2017.

46. **A etapa de gerenciamento 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. Sua materialização se dá com a elaboração do mapa de riscos, cuja dispensa no caso concreto também poderá ser justificada pela autoridade, nos termos da autorização conferida pela multicitada Instrução Normativa.**

47. Para elaboração do projeto básico ou termo de referência, por fim, deve a autoridade guiar-se pelas diretrizes constantes do Anexo V da IN MPDG nº 05/2017, devendo conter, no mínimo, conforme determina o art. 30 da normativa:

Art. 30. O Termo de Referência ou Projeto Básico deve conter, no mínimo, o seguinte conteúdo:

- I - declaração do objeto;
- II - fundamentação da contratação;
- III - descrição da solução como um todo;
- IV - requisitos da contratação;

- V - modelo de execução do objeto;
- VI - modelo de gestão do contrato;
- VII - critérios de medição e pagamento;
- VIII - forma de seleção do fornecedor;
- IX - critérios de seleção do fornecedor;
- X - estimativas detalhadas dos preços, com ampla pesquisa de mercado nos termos da Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014; e
- XI - adequação orçamentária.

48. Na hipótese concreta, entende-se que não pode ser dispensado o projeto básico, **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.**

49. Caso não constem dos autos os estudos preliminares, para embasar a estimativa de consumo, custo mensal e total da contratação, **deve ser anexado ao projeto básico as faturas de consumo de energia elétrica do exercício anterior.** Na hipótese de haver estimativa de aumento de consumo, deverá a autoridade justificá-lo, por exemplo, pelo acréscimo de servidores, ampliação do local atendido ou do horário de seu funcionamento, devendo tal justificativa ser juntada aos autos.

e) Formalização da contratação

50. De acordo com o artigo 22 da Lei nº 9.784/1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

51. Com efeito, no que pertine à licitação, bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar a ON/AGU nº 02/2009:

Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

52. Assim, para a contratação do fornecimento de energia elétrica, deve ser formalizado processo administrativo, seja digital ou físico, observando-se os requisitos da citada ON/AGU nº 02/2009, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos pertinentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, no caso de processos físicos, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas.

53. Sobre a necessidade ou não de instrumento contratual, a Lei nº 8.666/1993, determina:

Art. 62. **O instrumento de contrato é obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como **nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação**, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

§ 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 norma de direito privado;

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

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

54. Teoricamente, seria com base nos valores estimados que se verificaria a necessidade ou não de formalização de contrato, cabendo ponderar que, tratando-se de serviço continuado, o valor contratual a ser considerado deveria ser, pelo menos, aquele relativo a sessenta meses de vigência.

55. Ocorre que independente da assinatura do instrumento contratual, estando a Administração na qualidade de usuária de serviço público, a concessionária realiza a prestação do serviço sob condições postas em contrato padronizado, de modo que, inevitavelmente a relação a ser estabelecida terá instrumento contratual, o qual deverá, portanto, constar dos autos.

56. Em outras palavras, **independentemente do valor da contratação, deve ser colacionado aos autos o instrumento contratual padrão que regerá a relação entre as partes**[6].

57. Tratando-se, como dito, de contrato padrão, convém colacionar o entendimento da Advocacia-Geral da União sobre contratos dessa natureza, exposto no Parecer nº 33/2012/DECOR/CGU/AGU:

11. Por oportuno, também vale destacar alguns trechos do Parecer nº 78/2011/PECQR/CGU/AGU, de 19/04/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União em 21/10/2011, que seguiu as diretrizes firmadas no Parecer nº GQ-170:

PODER PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. **CRITÉRIOS DE REAJUSTE DOS CONTRATOS. MULTA MORATÓRIA. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS POR FALTA DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO SOMENTE QUANTO AOS NÃO ESSENCIAIS.**

I – Ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2º da Lei nº 8.078/90, e possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público.

II – **Os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes.**

III – **A Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170).**

IV – **No caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.**

(...)

VII – Conclusão

38. Diante do exposto, lastreado nos termos do Parecer GQ-170, bem como no preceito insculpido no art. 62, § 3º, II, da Lei nº 8.666/93, entende-se que:

a) ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2º da Lei nº 8.078/90, e possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público;

b) os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes;

c) a Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170); e

d) no caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente e admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

33. Ante o exposto, entende-se que:

a) **o fato de os contratos de fornecimento de energia elétrica ostentarem a natureza de contratos de adesão, os incisos V, XIV e XIX do art. 3º da Lei nº 9.427/96, bem como o teor do Parecer nº GQ-170 recomendam a interpretação do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 no sentido de que as unidades consultivas da Advocacia-Geral da União devem analisar as minutas de tais pactos, mas sem o poder de aprova-las;**

b) a extensão do art. 96, III, da Lei nº 9.472/97, que impõe a concessionária a necessidade de submeter a minuta de contrato-padrão a ANATEL para aprovação, também aos serviços de energia elétrica e medida eficiente, devendo, por isso, ser estimulada;

c) **a análise jurídica a ser empreendida pelas unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União é imprescindível para verificação da compatibilidade entre a minuta de contrato e o ordenamento jurídico pátrio;**

d) **ao identificar impropriedade, a Consultoria Jurídica da União deverá recomendar que o órgão assessorado provoque o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 9.427/96, a fim de que a mencionada agência reguladora, após ouvir a Procuradoria Federal, resolva a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor;** e

e) discordando do posicionamento oficial da ANEEL e apontando fundamentadamente hipótese que atraia a competência da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica da União poderá submeter a controvérsia jurídica à Consultoria-Geral da União.

58. Para os consumidores de energia do Grupo B, o contrato de adesão de fornecimento de energia deve seguir o modelo de minuta previamente analisada e aprovada pela ANEEL, nos termos do artigo 96, III, da Lei nº 9.472/1997[7], aplicado analogicamente à hipótese. No caso dos contratos a serem firmados pelos consumidores do Grupo A, ressalta-se que não são previamente analisados pela ANEEL, trazendo sua Resolução nº 414/2010, no entanto, cláusulas que lhe são obrigatórias[8]. Assim, à Consultoria Jurídica do órgão contratante caberia verificar a compatibilidade entre a minuta de contrato e o ordenamento jurídico pátrio.

59. Caso fosse constatada alguma impropriedade, a Consultoria deveria recomendar que o órgão assessorado provocasse o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3º, V, da Lei nº 9.427/1996[9], a fim de que a mencionada agência reguladora, após ouvir a Procuradoria Federal, resolvesse a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor.

60. Em outras palavras, a Consultoria Jurídica deveria analisar as minutas de contrato, não tendo, no entanto, nem o poder de aprová-las, nem de rejeitá-las.

61. 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 417/2010;

b) encaminhar consulta sobre a questão a **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;** e/ou c) demandar à Advocacia-Geral da União a adoção da medida judicial cabível[10], tenha ou não a reclamação sido solucionada pela ARSESP ou pela ANEEL.

62. Ainda sobre o tema, nos termos do Parecer nº 78/2010/DECOR/CGU/AGU, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) aos contratos em que a Administração figura como

usuária de serviços públicos.

63. Portanto, nos termos do artigo 51 do citado código, eventuais cláusulas que possam ser reputadas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente de terem sido ou não objeto de qualquer ressalva por parte do consumidor no momento da contratação.

64. Insista-se: tendo em vista a essencialidade do serviço de fornecimento de energia, pode a Administração celebrar o contrato de adesão, observados os requisitos e cláusulas essenciais descritas acima, ainda que repute ilegal ou abusiva alguma ou algumas de suas disposições, pois a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo depois de celebrada a avença.

65. A propósito da compatibilidade da minuta de contrato de fornecimento de energia elétrica com o ordenamento jurídico pátrio, expõem-se os entendimentos quanto a algumas questões já solucionadas.

66. Em primeiro lugar, o Parecer nº GQ-170, aprovado pela 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 artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, fixou a legalidade da cobrança da multa de mora do órgão federal consumidor no caso de atraso no pagamento de tarifa de energia elétrica[\[11\]](#).

67. 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.

68. Por sua vez, o Parecer nº 78/2011/DECOR/CGU/AGU entendeu que é legítima a suspensão do fornecimento de energia no caso de inadimplemento, ressalvado o caso de serviços essenciais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[\[12\]](#).

69. Vale consignar que a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, em seu artigo 11, parágrafo único, XIV, classifica as instalações de aduana como prestadoras de serviço público essencial. Contudo, ao tratar do tema, o artigo 173, § 1º, de tal resolução normativa, não impede a suspensão do fornecimento para a unidade consumidora que presta serviços públicos ou essenciais, apenas estabelece formalidades a serem observadas para a validade da notificação em tal hipótese.

f) Reserva de recursos orçamentários

70. Insta ressaltar que 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 da Lei de Licitações e também decorre de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa[\[13\]](#).

71. Imprescindível, outrossim, as declarações de reserva de recursos suficientes para atendimento da despesa e de compatibilidade com as leis orçamentárias, nos termos do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000. Todavia, nas hipóteses albergadas pela ON AGU nº 52/2014[\[14\]](#), ou seja, no caso de "despesas ordinárias e rotineiras (...) já previstas no orçamento e destinada 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.

72. Rememore-se que a citada orientação normativa não abarca eventos que extrapolem situações ordinárias e rotineiras, sendo, nesses casos, exigida a autorização prevista no artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

73. Logo, deve o gestor acostar aos autos as referidas declarações ou, sendo o caso, justificar a dispensa de apresentação da segunda nos termos da ON/AGU nº 52/2014.

g) Comprovação de inexistência de óbices para a contratação com a Administração e habilitação da contratada

74. Deve ser trazida aos autos, por ocasião da contratação, toda a documentação destinada a comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, bem como a comprovar a inexistência de óbices para a contratação da empresa concessionária pelo órgão ou entidade da Administração, a saber: Certidão Negativa do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS); Certidão Negativa do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade; Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT); e, em especial, declaração do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

75. 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.

76. 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)

77. 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*”.

78. Em resumo, havendo algum impeditivo à contratação, no que toca à habilitação da contratada, poderá ser firmado o contrato, desde que sejam também colacionados aos autos a autorização à contratação pela autoridade maior do órgão contratante, bem como a comprovação de comunicação da irregularidade ao agente arrecadador e à ANEEL.

h) Autorização para a realização de despesa, nos termos do Decreto nº 10.193 / 2019

79. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193/2019 estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços, para a prorrogação de contratos vigentes e

para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social[15].

80. Dessa forma, recomenda-se que a autoridade verifique se o valor da contratação enquadra-se nos limites previstos pelo mencionado Decreto e, sendo o caso, acoste aos autos a autorização das autoridades elencadas no artigo 3º, visto que tal autorização é condição de validade para a prorrogação contratual a ser celebrada."

i) Justificativa para a contratação por prazo indeterminado

81. Consoante entendimento consolidado na Orientação Normativa nº 36/2011 da AGU, a partir de interpretação do artigo 62, § 3º, II, da Lei nº 8.666/1993, **é possível** a contratação de serviços públicos essenciais de energia elétrica e de água e esgoto por prazo indeterminado:

A Administração pode estabelecer a vigência **por prazo indeterminado** nos contratos em que seja **usuária de serviços públicos essenciais de energia elétrica** e água e esgoto, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários. (Sublinhou-se)

82. Sobre o tema, vale trazer à colação o seguinte trecho da fundamentação jurídica que acompanhou a aprovação da citada orientação normativa:

Assim, o fato de estar autorizada a contratação direta para estes serviços por impossibilidade de competitividade faz com que, em termos lógicos, não haja a incidência do art. 57, inciso II e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993. Se há um único fornecedor do serviço público – não havendo que falar, portanto, em viabilidade de competição –, não há, a princípio, óbice jurídico a que contratos da espécie contemplem prazo indeterminado de vigência. (Sublinhou-se)

83. Destarte, o contrato de fornecimento de energia elétrica, para os consumidores do Grupo B[16], poderá ser celebrado por prazo de vigência indeterminado. Para tanto, **a Administração deverá colacionar aos autos justificativa expressa e motivada acerca da escolha da contratação com tal prazo alongado.**

84. Nestas circunstâncias, será dispensada a celebração periódica de aditamento ao contrato com a finalidade de promover a prorrogação de sua vigência. No entanto, para regularidade de tal contratação, **a cada exercício financeiro, a Administração deverá instruir os autos com os seguintes documentos:**

i.1) Projeto básico atualizado

85. Deverá a Administração elaborar, a cada exercício financeiro, projeto básico simplificado, contendo a estimativa de consumo para o exercício vindouro, o que, de regra, deverá ser feito com base no consumo do exercício que se encerra, com as devidas justificativas em caso de previsão de aumento ou de diminuição do consumo.

i.2) Reserva de recursos financeiros para a satisfação da despesa

86. A Administração deverá certificar expressamente nos autos a previsão de recursos financeiros para a satisfação da despesa estimada, de acordo com o projeto básico elaborado.

i.3) Comprovação da inexistência de óbices para a contratação com a Administração

87. Vale lembrar que, nos termos em que já exposto no tópico g, supra, a Administração deve, antes de realizar qualquer pagamento, consultar a manutenção da regularidade fiscal e trabalhista da empresa contratada, sendo possível, nos termos da Orientação Normativa nº 09/2009 da AGU, realizar o pagamento pelos serviços já prestados 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*”.

88. Recomenda-se, de qualquer modo, que, a cada exercício financeiro, a Administração atualize as certidões destinadas a comprovar a inexistência de óbices para a contratação da concessionária, quais sejam: Certidão Negativa do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS); Certidão Negativa do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade; Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT); e, em especial, declaração do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

i.4) Autorização para a realização de despesa, nos termos do Decreto nº 10.193/2019

89. O que consta no item h, supra, para o caso de novas contratações também deve ser observado quando das providências de cunho financeiro que embasam a realização da despesa com fornecimento energia elétrica, ainda que se trate de contratação por prazo indeterminado.

III – Conclusão (roteiro)

90. Em sendo o caso de contratação de fornecimento de energia elétrica da única concessionária autorizada a prestar tal serviço no âmbito territorial do município em que instalado o órgão, **reputar-se-á legal a contratação, desde que:**

- i. **seja devidamente preenchido o *checklist*, Anexo II do presente parecer, o qual deverá ser juntado aos autos a fim de comprovar a regularidade de todo o procedimento;**
- ii. **o gestor ateste expressamente a adequação do caso concreto aos termos do presente parecer referencial e que NÃO se enquadra na hipótese dos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 (consumidor de energia livre ou potencialmente livre);**
- iii. esteja comprovado, nos autos, o fornecimento de energia elétrica com exclusividade no município do órgão ou da entidade contratante;
- iv. esteja certificada, no processo, a regular e uniforme aplicação pela concessionária das tarifas homologadas pela ANEEL;
- v. tenha sido colacionada consulta à concessionária acerca da existência de condições mais favoráveis de contratação;
- vi. estejam acostados aos autos o ato de reconhecimento de situação de inexigibilidade, o respectivo ato de ratificação, bem como o comprovante de sua publicação no DOU, adotando-se as minutas pré-aprovadas que constam do Anexo I do presente parecer;

- vii. tenham sido colacionados, aos autos, os estudos preliminares e o mapa de riscos, ou justificativas da autoridade, dispensando a sua elaboração na hipótese concreta;
- viii. conste do processo o projeto básico, com objeto, justificativa e objetivo da contratação, definição da localidade para a qual deverá ser fornecido o serviço, informação acerca da disponibilidade orçamentária e financeira do órgão ou entidade contratante e justificativa da estimativa de consumo e o respectivo custo mensal e total da contratação;
- ix. tenha sido anexado ao projeto básico ou aos estudos preliminares, para embasar a estimativa de consumo, as faturas de consumo de energia elétrica do exercício anterior;
- x. tenha sido a contratação formalizada em regular processo administrativo, observada a Orientação Normativa nº 02/2009 da AGU;
- xi. tenha sido colacionado o contrato de adesão celebrado com a concessionária;
- xii. esteja atestada a reserva de recursos orçamentários para a satisfação da despesa a ser criada com a contratação;
- xiii. tenha sido declarada a adequação e compatibilidade da despesa com as leis orçamentárias, nos termos do artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000 ou justificada a dispensa de sua apresentação;
- xiv. tenha sido comprovada a inexistência de óbices para a contratação da concessionária pelo órgão ou entidade da Administração, observando-se, se o caso, a excepcional hipótese regulada pela Orientação Normativa nº 09/2009 da AGU;
- xv. tenha sido comprovada, se o caso, a autorização para a realização da despesa, emitida por quem de direito, nos termos do Decreto nº 10.193/2019; e
- xvi. caso o contrato preveja prazo indeterminado de vigência, tenha sido colacionada aos autos a respectiva justificativa da autoridade, nos termos da Orientação Normativa nº 36/2011 da AGU.

91. Nessa hipótese, para regularidade da contratação, a cada exercício financeiro, deverá a autoridade colacionar aos autos (a) projeto básico contendo estimativa de consumo para o exercício vindouro, com as devidas justificativas para eventuais previsões de aumento ou de diminuição do consumo, (b) reserva de recursos financeiros para a satisfação da despesa no exercício financeiro vindouro, (c) comprovação da inexistência de óbices para a contratação da concessionária pelo órgão ou entidade da Administração, observando-se, se for necessário, a excepcional hipótese regulada pela Orientação Normativa nº 09/2009 da AGU, e (d) autorização para a realização da despesa, emitida por quem de direito, nos termos Decreto nº 10.193/2019, se for o caso.

92. Observa-se, ademais, que, havendo cláusulas ilegais ou abusivas no contrato padrão de fornecimento de energia elétrica, antes ou depois de sua efetiva celebração, com exceção das questões cuja legalidade já foi pacificada, poderá a Administração:

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, caso tenha identificado a ilegalidade ou abusividade; encaminhar consulta sobre a questão a **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, caso tenha dúvidas quanto à ilegalidade ou abusividade; 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.

93. Vale reiterar que o caráter abusivo de qualquer cláusula do contrato de adesão poderá ser questionado a qualquer tempo, mesmo depois da celebração da avença, visto que o artigo 51 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) reputa as cláusulas abusivas nulas de pleno direito. Esclareça-se, ademais, nos termos do artigo 51, § 2º, da Lei nº 8.078/1990, que a nulidade de uma cláusula não implica, de regra, a nulidade do contrato.

94. Ressalte-se, por oportuno, que **eventuais contratos a serem firmados por consumidores livres ou potencialmente livres (conforme artigos 15 e 16 da Lei nº 9.074/1995 e Decreto nº 5.163/2004)**

deverão ser encaminhados para análise individualizada pela unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, vez que escapam ao escopo do presente parecer.

95. Reitere-se que, como de conhecimento dos gestores, as **unidades locais da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional** permanecem à disposição para sanar qualquer dúvida, seja quanto à aplicação do presente parecer referencial, seja quanto à legalidade do conteúdo do contrato de adesão de fornecimento de energia elétrica.

96. Da mesma forma, salienta-se que não é obrigatória a utilização da presente manifestação jurídica referencial por parte do gestor, podendo a autoridade competente, sempre que desejar, encaminhar minutas de termos de contratos que versem sobre a prorrogação da vigência contratual para análise da **unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**.

97. É o parecer. Para aprovação pelo Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na forma do art. 2º, VI da Portaria PGFN nº 450, de 28 de abril de 2016.

Aprovamos o presente Parecer Referencial.

Brasília, 09 de setembro de 2020.

Documento assinado eletronicamente

ELMO DUARTE JÚNIOR

Membro suplente representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 1ª Região

Documento assinado eletronicamente

PATRÍCIA IZABEL TORRES MONTEIRO

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 2ª Região

Documento assinado eletronicamente

LUCIANA LEAL BRAYNER

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região

Documento assinado eletronicamente

CHRISTIAN FRAU OBRADOR CHAVES

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região

Documento assinado eletronicamente

MARCELO VIEIRA DE SOUSA CESAR

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 5ª Região

Documento assinado eletronicamente

LUCIANO MOREIRA CARVALHO

Membro suplente representante do Órgão Central da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

*Documento assinado eletronicamente***VITOR JUNQUEIRA VAZ**

Presidente

[1] Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente.

[2] CRETELLA JÚNIOR, José. *Das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 17ª ed., 2004, p. 240.

[3] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 33ª ed., 2016, p. 560.

[4] Nos termos do Decreto nº 5.163/2004, consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos artigos 15 e 16 da Lei no 9.074/1995, **destacando-se a necessidade de ter sua demanda contratada igual ou superior a 3000 kW junto à sua distribuidora**, enquanto que consumidor potencialmente livre é o atendido de forma regulada, a despeito de cumprir as condições previstas no artigo 15 da Lei no 9.074/1995.

[5] De fato, os consumidores de energia são classificados pelo nível de tensão em que são atendidos. Os consumidores do "Grupo B" são atendidos em baixa tensão, sendo cobrados apenas pela energia que consomem. Por outro lado, os consumidores do "Grupo A" são atendidos em alta tensão (acima de 2300

volts), sendo cobrados tanto pela demanda quanto pela energia que consomem.

É o que determina a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010:

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

(...)

XXXVII – grupo A: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou atendidas a partir de sistema subterrâneo de distribuição em tensão secundária, caracterizado pela tarifa binômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

(...)

XXXVIII – grupo B: grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, caracterizado pela tarifa monômica e subdividido nos seguintes subgrupos:

(...)

Como se percebe, a presente classificação dos consumidores, em função da tensão em que são atendidos, não interfere na possibilidade de seu enquadramento como consumidores livres ou potencialmente livres, o que se dá quando a demanda contratada é igual ou superior a 3000 kW.

[6] Ou, no caso dos consumidores do Grupo A, deverão ser colacionados os diversos instrumentos contratuais que regulamentem a relação entre as partes, a saber, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD, para unidades consumidoras do Grupo A com nível de tensão inferior a 230 kV, e o Contrato de Compra de Energia Regulada – CCER, quando cabível (art. 61, Resolução ANEEL nº 414/2010).

[7] Determina o artigo 96, III, da lei que regulamenta os serviços de telecomunicações: " Art. 96. A concessionária deverá: (...) III - submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com prestadoras estrangeiras". A Resolução Normativa Anel nº 714/2016, que alterou a Resolução Normativa Anel nº 414/2010, traz o modelo de contrato de adesão para o fornecimento de energia elétrica para unidades consumidoras do "Grupo B". "No caso de unidades consumidoras cujo titular submeta-se à Lei de Licitações e Contratos, o contrato deve ser elaborado pela distribuidora considerando o modelo constante do Anexo IV desta Resolução e conter, adicionalmente, as cláusulas elencadas no art. 62-A, devendo ser assinado pelas partes" (art. 60, §1º, da Resolução Normativa Anel nº 414/2010).

[8] Dispõe a Resolução ANEEL nº 414/2010: "Art. 62. Sem prejuízo de outras cláusulas consideradas essenciais, os contratos do Grupo A devem conter outras relacionadas a: I – data de início e prazo de vigência; II – obrigatoriedade de observância das normas e padrões vigentes; III – modalidade tarifária e

critérios de faturamento; IV – aplicação da tarifa e dos tributos, assim como a forma de reajuste da tarifa, de acordo com os valores e procedimentos definidos pela ANEEL; V – critérios para a cobrança de multa, atualização monetária e juros de mora, no caso de atraso do pagamento da Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica ou Fatura emitida pela distribuidora, observado o disposto no art. 126; VI – horário dos postos tarifários; VII – montante contratado por posto tarifário; VIII – condições de acréscimo e redução do montante contratado; IX – condições de aplicação de eventuais descontos que o consumidor tenha direito, conforme legislação específica; X – condições de prorrogação e encerramento das relações contratuais; e XI – obrigatoriedade de manter atualizados os dados cadastrais da unidade consumidora junto à distribuidora. § 1º Além das cláusulas definidas no caput, o CUSD deve conter: I – identificação do ponto de entrega; II – capacidade de demanda do ponto de entrega; III – definição do local e procedimento para medição e informação de dados; IV – propriedade das instalações; V – valores dos encargos de conexão, quando couber; VI – tensão contratada; VII – aplicação dos períodos de testes e de ajustes, nos termos dos arts. 134 e 135; VIII – condições de aplicação das cobranças por ultrapassagem da demanda contratada, nos termos do art. 93; IX – condições de aplicação das cobranças por reativos excedentes, nos termos dos arts. 95 a 97; X – necessidade de apresentação de projeto de eficiência

energética, antes de sua implementação; e XI – critérios de inclusão no subgrupo AS, quando pertinente. § 2º Os contratos celebrados entre a distribuidora e o consumidor não podem conter cláusulas nas quais os consumidores renunciem ao direito de pleitear indenizações por responsabilidade civil além daquelas estabelecidas nos regulamentos da ANEEL”. “Art. 62- A. Quando o consumidor se submeter à Lei de Licitações e Contratos, os contratos do Grupo A devem conter cláusulas adicionais relacionadas a: I – sua sujeição à Lei de Licitações e Contratos, no que couber; II – ato que autorizou a sua lavratura; III – número do processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação; IV – vinculação ao termo de dispensa ou inexigibilidade da licitação; V – crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, conforme especificado pelo consumidor; e VI – foro da sede da administração pública como o competente para dirimir qualquer questão contratual”.

[9] Art. 3º, V, Lei nº 9.427/1996: “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 2º e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (...)V -dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”

[10] Como sabido, em que pese a atribuição para o desempenho de “atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda” seja, nos termos do artigo 13 da Lei Complementar nº 73/1993, atribuição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a esta incumbe, na seara judicial, representar a União apenas nas causas de natureza fiscal, consoante o artigo 12, V, da mesma lei. Assim, a representação judicial dos órgãos fazendário incumbe, como de ordinário, à Procuradoria-Geral da União, na forma do artigo 9º da citada lei.

[11] Cita-se a ementa do parecer: “Aplicação de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público. A posição do Tribunal de Contas da União, negando a possibilidade dessa aplicação. Os fundamentos do entendimento do TCU. Análise desses fundamentos. Verificação de sua inadequação para justificar o entendimento daquela Corte. Conclusão pela legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica”.

[12] Vide, a propósito, o julgamento do EREsp nº 845.982/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/6/2009, DJe 3/8/2009. Note-se que tal acórdão reiterou jurisprudência da corte que aplica por analogia o conceito de serviços públicos essenciais contido no artigo 10 da Lei nº 7.783/1989, dentre os quais não se incluem, salvo melhor juízo, os serviços e as atividades geralmente desenvolvidos pela administração tributária: Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V -transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.

[13] Artigos 38 e 55 da Lei nº 8.666/1993 e artigo 10, IX, Lei 8.429/1992.

[14] As despesas ordinárias e rotineiras da Administração, já previstas no orçamento e destinadas à manutenção das ações governamentais preexistentes, dispensam as exigências previstas nos incisos I e II do artigo 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000.

[15] Art. 2º. A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação:

I - titulares de cargos de natureza especial;

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades.

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º.

[16] Para os consumidores do Grupo A, a Resolução ANEEL nº 414/2010 dispõe que o prazo de vigência contratual deverá ser de 12 (doze) meses, com prorrogação automática por igual período, desde que o consumidor não se manifeste expressamente em contrário com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias em relação ao término de cada vigência (art. 63-B).



Documento assinado eletronicamente por **Christian Frau Obrador Chaves, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 15/09/2020, às 02:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciana Leal Brayner, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 15/09/2020, às 10:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Patrícia Izabel Torres Monteiro, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 15/09/2020, às 16:23, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Elmo José Duarte de Almeida Júnior, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 15/09/2020, às 16:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Vieira de Sousa César, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 16/09/2020, às 11:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Vitor Junqueira Vaz, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 18/09/2020, às 15:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano Moreira Carvalho, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 18/09/2020, às 15:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **10415167** e o código CRC **F661CEBA**.