



**PARECER JURÍDICO Nº 012/2023**

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Assessoria Jurídica, na qual se requer análise acerca da legalidade do texto da minuta do Contrato celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA, SERGIPE** e a empresa **ENERGISA SERGIPE – DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A**, ambos já qualificados nos autos da Inexigibilidade de Licitação no qual emitimos parecer, tudo em conformidade com o disposto na Lei nº 8.666/1993, mais especificamente o caput do art. 25, cabendo a esta **serviços de fornecimento de energia elétrica as unidades consumidoras da contratante, situadas na área de concessão da CONTRATADA, que serão prestadas nas condições estabelecidas no Termo de Referência.**

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foram as contratações realizadas pelo Poder Público, por toda a repercussão financeira e social que envolve.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão do constituinte foi afastar, tanto quanto possível, a discricionariedade administrativa do campo das contratações governamentais. Sujeitou à legislação infraconstitucional de regência a regulamentação minuciosa de suas hipóteses, estabelecendo como princípio maior a existência de licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, a **regra geral** para a celebração de contratos administrativos, *ressalvados os casos especificados na legislação*, situações estas nas quais a Administração Pública estará autorizada a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório, sendo a dispensa e a inexigibilidade de licitação as suas modalidades.

Todavia, não se pode confundir dispensa com inexigibilidade de licitação. Para tanto, *ab initio*, apresento os ensinamentos trazidos pelo professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR (2003, p. 122), autor de uma das melhores monografias a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitação elaboradas no Brasil. Diz o professor paulista:

*"(...)Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação pública, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e a dispensa dela. A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou*



*prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados. Nesta ordem de ideias, os casos de inexigibilidade, por se referirem à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, a rigor, nem precisam de norma jurídica que os autorize. (...)”.*

No mesmo sentido foram traçadas as lições trazidas pelo então Ministro do Tribunal de Contas da União BENJAMIM ZYMLER (2006, p. 95), que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

*“(...)A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº. 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arribo na dispensa de licitação tem por pressuposto a viabilidade de competição. No entanto, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar o princípio da isonomia. Assim sendo, por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.(...)”.*

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que **não é possível realizar-se a disputa**. Justamente por isso, o rol legal não é taxativo, mas apenas dimensiona que, em todos os casos nos quais não possa haver competição (seja pela inexistência de critérios de julgamento, seja pela exclusividade na prestação de certa atividade, entre outros), é impossível também a licitação.

Sendo assim, primeiro, questiona-se: **é viável a licitação?** Para dar uma resposta a esta pergunta torna-se necessário a análise dos pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação, os quais variam conforme o caso tratado.

O artigo 25, caput da Lei nº 8.666/93 determina:

**Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)**

Nesse diapasão, corolário ao entendimento supra colaciono o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de vigorar a hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do acórdão Acórdão 263/2006-TCU-Segunda Câmara – TCU, a saber:



"- hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitações (artigos 24 e 25);  
(...)

2.1.3. registre, independentemente do valor, os empenhos para a Cemig (Companhia Energética de Minas Gerais) como dispensa de licitação, com fundamento no inciso XXII do art. 24 da Lei 8.666/93, devido à previsão legal específica. Para as demais concessionárias que se caracterizam como **fornecedor exclusivo**, como Gesama (Companhia de Saneamento Municipal) e Demlurb (Departamento Municipal de Limpeza Urbana), faça o enquadramento como inexigibilidade, inciso I do art. 25 da mesma Lei;"  
(grifo nosso)

Ultrapassadas essas considerações teóricas, damos início à análise do objeto do presente contrato para o fim de fornecer uma resposta ao questionamento acima formulado.

Pois bem, trata-se da contratação de empresa especializada para **serviços de fornecimento de energia elétrica as unidades consumidoras da contratante, situadas na área de concessão da CONTRATADA, que serão prestadas nas condições estabelecidas no Termo de Referência.**

Outrossim, destaca-se a imperiosa necessidade dos **serviços de fornecimento de energia elétrica as unidades consumidoras da contratante**, haja vista que o ente municipal depende do referido serviço e da empresa contratada, por se tratar de única fornecedora para tanto.

Ademais, os serviços constantes no objeto desta avença já vinham sendo desempenhados pela empresa contratada, o que, em atenção ao princípio da continuidade do serviço público, nos faz acreditar ser inviável a realização de um certame licitatório, principalmente quando se considera a pequena relevância econômica deste contrato e o alto custo para se realizar uma licitação.

Por fim, cumpre acentuar que, como em qualquer contratação direta, o preço ajustado deve ser coerente com o mercado, devendo essa adequação restar comprovada nos autos, eis que a validade da contratação depende da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. Deve a Administração, por conseguinte, providenciar uma avaliação prévia para tal comprovação.

Afirmada a mencionada inviabilidade de competição, gerada no mundo dos fatos e justificada no campo técnico, impõe-se o reconhecimento, no mundo jurídico, da inexigibilidade de licitação, nos termos do caput do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993. Uma vez adotadas as providências assinaladas e se abstendo, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, opina-se pela realização da contratação direta.



ESTADO DE SERGIPE  
Prefeitura Municipal de Itabaiana  
Procuradoria do Município

Folha nº 75  
W

Diante do exposto, e por ter o presente Contrato observado os requisitos exigidos para tanto, opina essa Assessoria Jurídica de forma favorável à contratação direta, pela modalidade Inexigibilidade de Licitação.

Este é o nosso entendimento que elevo à apreciação superior.

Itabaiana/SE, 02 de janeiro de 2023.

  
**Rubens Dapito Soares da Cunha**  
Procurador Municipal