
Data: 26/02/2024

Assunto: Serviços de Energia Elétrica – Contratação por entes da Administração Pública – Dispensa / Inexigibilidade de licitação – Possibilidade.

Diante das recentes alterações legislativas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, discute-se o fundamento legal para a contratação de empresas estatais concessionárias do serviço de energia elétrica. Tal discussão perpassa pela não manutenção, na Lei Federal 14.133/21, da hipótese específica de dispensa de licitação para contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, que fora previsto na Lei Federal 8.666/93 no inciso XXII do seu artigo 24, e pelas alternativas legais restantes para a Administração Pública contratante.

Desta feita, a presente Nota Técnica apresenta os fundamentos jurídicos para a contratação direta de serviços de energia elétrica por órgãos e entidades da Administração Pública, sob o aspecto estritamente jurídico-formal, não abordando o exame de valores em aspectos financeiros, econômicos e contábeis, bem como em questões técnicas ou negociais, que se inserem na competência exclusiva do órgão gestor dos contratos.

1 ANÁLISE

A Constituição Federal prevê, em seu art. 22, XXVII, a competência legislativa privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação, tanto para as Administrações Públicas Diretas, Autárquicas e Fundacionais dos entes federativos, na forma do art. 37, XXI, quanto para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Assim, a Constituição modulou as normas de licitação e contratação para a Administração Pública conforme a personalidade jurídica dos órgãos e entidades estatais envolvidos.

Com este fundamento constitucional, recentemente, foi promulgada a Lei Federal 14.133/21 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos”), que revogou a Lei Federal 8.666/93, estabelecendo as normas para licitações e contratos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional (art. 1º, *caput*). Em comparação com a antiga Lei 8.666/93, que regia as contratações da Administração Pública direta, autárquica e fundacional até a edição da novel Lei 14.133/2021, constata-se que não foram reproduzidas algumas hipóteses anteriormente expressas de dispensa de licitação, o que incluiu a contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário

ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (antigo art. 24, XXII da Lei 8.666/93).

Diante da supressão da hipótese legal de contratação direta de fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário ou autorizado, surge a necessidade de explicitar os mecanismos que propiciam esta contratação direta.

Já para o caso dos entes da Administração Pública Indireta constituídos sob a forma de empresas estatais, as contratações são ora reguladas pela Lei Federal 13.303/2016, que, além da sua estrutura e governança, trata também das contratações das empresas estatais.

Considerando que o objeto principal desta análise é a contratação no âmbito do Mercado Livre de energia elétrica por entes da Administração Pública (direta ou indireta), trataremos dos dispositivos presentes nestes normativos legais considerando a hipótese da contratação direta da compra e venda de energia quando o vendedor for, também, empresa estatal prestadora dos serviços de energia elétrica.

1.1 Contratação por órgãos e entidades regulados pela Lei 14.133/21 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos

De pronto, cabe identificar dois dispositivos na Lei 14.133/2021 que viabilizariam a contratação direta dos serviços de energia elétrica prestados por empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a saber:

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

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

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”
(grifos nossos)

Analisaremos cada uma destas possibilidades, a seguir.

1.1.1 Inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição (art. 74, inc. I da Lei 14.133/21)

Os casos de inexigibilidade de licitação refletem as situações em que a competição para contratar com a Administração Pública mostra-se inviável, porque não terá o condão de conduzir à proposta capaz de atender ao interesse público – seja pela existência de apenas um particular capaz de executar o objeto, seja pela existência de causas impeditivas relacionadas ao objeto a ser contratado, ou quando a escolha esteja vinculada a características particulares do contratante.

Destaca-se, neste ponto, que o rol das hipóteses de inexigibilidade de licitação trazidas pelos incisos do art. 74 da Lei 14.133/21 é meramente exemplificativo, o que se mostra claro com a utilização da expressão “em especial”, na parte final do *caput* de tal dispositivo. O que importa, propriamente, é a presença de uma situação fática ou jurídica de inviabilidade de competição, e não o encaixe silogístico entre a regra legal e o fato da vida.

Em se tratando de serviço prestado com inviabilidade de competição, permite-se a contratação direta por inexigibilidade, tendo por fundamento o inciso I do art. 74 da Lei 14.133/21, por inviabilidade de competição fundada na exclusividade do prestador do serviço de energia elétrica.

Os serviços de transmissão e de distribuição de energia elétrica são prestados sob a forma de monopólio natural, que é fortemente regulado. Tal fato, por si só, afasta a possibilidade de concorrência, vez que haverá, à toda prova, apenas um particular apto a prestar tal serviço, que o fará em condições previamente estabelecidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com pouca, ou nenhuma, margem de alteração na forma de prestação do serviço. A exclusividade, neste caso, decorre de circunstâncias de fato, envolvendo a inexistência material de outro prestador do serviço.

Além disto, os valores cobrados por estes serviços são estipulados sob a forma de tarifa pelo Agente Regulador, o que é mais um fator que afasta a possibilidade de concorrência.

Vê-se, assim, que o usuário destes serviços está impossibilitado de escolher o seu prestador, devendo limitar-se a utilizar os serviços daquele único que se apresenta em condições de fazê-lo.

No entanto, nos casos de negociação com as concessionárias de energia elétrica no Ambiente de Contratação Livre (ACL), tal alternativa legal não se aplica, eis que, de fato,

há mais de um potencial prestador do serviço, o que, em tese, conduziria a um processo licitatório.

No entanto, sendo a Cemig uma empresa estatal prestadora do serviço público de energia elétrica, parece-nos que se aplicaria à sua contratação o quanto disposto no art. 75, IX da Lei 14.133/21, o que veremos a seguir.

1.1.2 Dispensa de licitação para aquisição de serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico (art. 75, IX da Lei 14.133/21)

O art. 75, IX da Lei 14.133/21 estabelece a possibilidade de dispensa de licitação para a “aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”. Ou seja, embora a competição seja viável nesta circunstância, o legislador optou por afastar a incidência do dever de licitar, como estratégia de política pública.

Inicialmente, temos que parte relevante da doutrina a respeito do citado art. 75, inciso IX da Lei 14.133/2021 é restritiva quanto à sua aplicação. Segundo ela, a contratação direta somente será possível se a entidade a ser contratada tiver sido criada especificamente para prestar o serviço público à sua contratante. Este entendimento exclui, obviamente, aqueles entes da Administração Pública que prestam serviço, também, a terceiros.

Neste sentido, o entendimento de Marçal Justen Filho:

“O dispositivo apenas pode referir-se a contratações com sociedades estatais não empresárias. Se o inc. IX do art. 75 pretendesse autorizar contratação direta com sociedades estatais empresárias, estaria caracterizada a inconstitucionalidade. É que tais entidades estão subordinadas ao art. 173, § 1º, inc. II da CR/1988, o que implica a submissão a regime jurídico idêntico ao dos particulares. Não é constitucional criar benefícios, privilégios ou

preferências em favor das *sociedades estatais que exploram atividade econômica*.”¹

(grifo nosso)

Observa-se que o autor pareceu tratar da hipótese das empresas estatais que exploram atividade econômica, não tendo se referido às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira manifesta a mesma opinião:

“Ademais, entendemos que deve ser vedada a contratação por pessoa de direito público *de empresas estatais exploradoras de atividade econômicas*, ainda que integrantes da sua estrutura administrativa, sob pena de se admitir tratamento privilegiado para essas estatais econômicas em detrimento das demais empresas privadas. O art. 173, § 1º, II, da CRFB não admite, em regra, tratamento diferenciado entre as estatais econômicas e as demais empresas privadas que atuam no mercado concorrencial. Seria inconstitucional, portanto, admitir a dispensa para a contratação de estatais econômicas e não admitir a dispensa para as demais empresas.”²

(grifo nosso)

Importante registrar que este entendimento restritivo não decorre diretamente do dispositivo analisado, mas sim de interpretação constitucional, cuja aplicação ao presente caso demanda evidente esforço interpretativo. Neste caso, convém lembrar do brocardo jurídico amplamente aceito, no sentido de que “onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir”, motivo pelo qual nos parece que esta restrição demandaria outros fundamentos para ser, de fato, válida. Importante, então, socorrer-nos na jurisprudência para buscar fundamentos adicionais para corroborar, ou afastar, esta interpretação.

Ocorre que, dada a novidade da Lei 14.133/2021, não identificamos jurisprudência que tenha tratado especificamente sobre o citado art. 75, inciso IX e da qual se possa identificar precedentes para a hipótese aqui tratada. No entanto, observa-se que esse

¹ JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pág. 1058.

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Pág. 232.

artigo repete disposição quase idêntica à do art. 24, inciso VIII da extinta Lei 8.666/1993. Neste sentido, a opinião de Felipe Boselli:

“O inciso IX traz a possibilidade de contratação de bens e serviços produzidos/prestados por órgão que integre a estrutura da Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado. **Trata-se de trecho reproduzido do inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, mas com importante avanço, que foi a exclusão do desarrazoado trecho daquela lei que exige que a pessoa jurídica tenha sido criada em data anterior ao início da vigência da Lei nº 8.666/1993.**”³

(Grifos acrescentados)

Com isto em vista, parece razoável que a jurisprudência já existente a respeito do citado art. 24, VIII da Lei 8.666/2021 seja utilizada na interpretação das disposições do art. 75, IX da Lei 14.133/2021, até que surja interpretação específica a seu respeito.

Assim, temos que julgado recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que trata da contratação direta da Copasa/MG – Companhia de Saneamento de Minas Gerais, fundada no art. 24, VIII da Lei 8.666/1996, se aplica perfeitamente à presente análise. Eis que a Copasa também é uma sociedade de economia mista controlada pelo Estado de Minas Gerais e prestadora de serviço público, ou seja, parecida com a Cemig no que diz respeito à sua natureza jurídica e finalidade:

“EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. PRELIMINARES. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA FORMULADO EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. MEIO PROCESSUAL INADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO. NULIDADE DA SENTENÇA. VÍCIO "EXTRA PETITA" NÃO CONFIGURADO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. MÉRITO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO (ÁGUA E ESGOTO). MUNICÍPIO DE IGARATINGA. **PROCESSO LICITATÓRIO. DISPENSA. ADMISSIBILIDADE. ART. 24, INCISO VIII, DA LEI Nº 8.666/93. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM A ENTIDADE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 10 DA LEI Nº 11.445/07.**
(...)

³ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021* – 2ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2023. Pág. 151 – 152.

- Em regra, as obras, os serviços, as compras e as alienações de bens públicos serão contratados, pela Administração Pública, por meio de prévio procedimento licitatório, conforme disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.
 - As licitações asseguram a observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, na seara das formalizações dos negócios jurídicos.
 - **Nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação "para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".**
 - **É possível a contratação direta da ré pelo Município de Igaratinga, considerando que a COPASA/MG – Companhia de Saneamento de Minas Gerais foi criada no ano de 1.963, por meio da Lei Estadual nº 2.842/63, sendo uma sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta do Estado de Minas Gerais, instituída para a prestação de um serviço público essencial (saneamento básico), nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 6.084/73.**
 - Ainda que a contratação possa ser realizada de forma direta, é necessário que o ente público municipal instaure procedimento administrativo para a formalização do ato e do contrato que será celebrado com a ré COPASA/MG – Companhia de Saneamento de Minas Gerais, como previsto pelo art. 26 da Lei nº 8.666/93, sob pena de nulidade.
 - Para que o serviço público de saneamento básico possa ser prestado por uma entidade que não integre a administração do ente titular, é necessária a celebração de um contrato, sendo vedada a sua disciplina por meio de contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (art. 10 da Lei nº 11.445/07).
- (Apelação Cível 1.0000.18.075648-8/002, Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/11/2021, grifos acrescidos)

Convém destacar, neste caso, a alusão à contratação para prestação de serviço público o que, à toda prova, parece afastar a contratação de serviços que se constituam como atividade econômica *stricto sensu*.

No mesmo sentido foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal em Agravo Regimental em Mandado de Segurança no qual examinou a legalidade de resposta do TCU à consulta sobre a aplicação do já citado art. 24, VIII da Lei 8.666/1993:

"Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Tribunal de Contas da União. 3. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades dos

serviços prestados seja em regime de privilégio seja em concorrência com particulares. Regime especial. Precedentes do STF. 4. **Contratação direta pela Administração Pública para prestação de serviços de logística. Dispensa de licitação. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993. Possibilidade.** 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravamento regimental desprovido.” (MS 34939 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19-03-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019, grifos acrescentados)

Dada a clareza da decisão, convém reproduzir parte do voto do Ministro Gilmar Mendes na decisão cuja ementa foi citada acima:

“Quanto ao mérito, destaco que os acórdãos ora atacados assentaram-se, em síntese, em duas premissas básicas para afastar a aplicação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93: I) a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não foi criada para atender a demandas de logística da Administração e II) a prestação dos serviços de logística classifica-se como atividade econômica em sentido estrito e, portanto, a dispensa de licitação nesse caso viola o princípio da livre concorrência.

O referido dispositivo legal assim determina:

‘Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado’.

Como se verifica, a contratação direta fundamentada no citado dispositivo deve atender aos seguintes pressupostos: 1) o contratante ser pessoa jurídica de direito público interno; 2) o contratado integrar a Administração Pública; 3) **o contratado ter sido criado com a finalidade específica de prestar o serviço objeto do contrato**; 4) a criação da entidade contratada ter ocorrido antes do advento da Lei 8.666/1993; e 5) o preço contratado ser compatível com o praticado no mercado.

(...)

Assim, conclui-se que o serviço de logística, apesar de tratar-se de atividade não exclusiva dos Correios, prestado em regime de concorrência com particulares, deve ser entendido, ao menos, como serviço afim ao serviço postal, o que justifica a aplicação de um regime diferenciado.

Acrescente-se a isso o fato de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi criada no ano de 1969 e, apesar de, à época, não constarem, expressamente, em suas atividades, os serviços de logística, constam dos

autos documentos que demonstram que há muito já prestava tais serviços, inclusive desde antes da edição da Lei 8.666/93.

Corroborando tal entendimento, cito ensinamento de Jacoby Fernandes, *in* “Contratação Direta sem Licitação”, p. 368, 2014:

“Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio (...) tendem a expandir seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso de os Correios confeccionarem os envelopes de uma loja, uma empresa de saneamento dedicar-se à construção e reparos em esgotos internos de residências, ou de uma empresa de fornecimento de água realizar construção de reservatórios de água e encanamento interno em propriedades privadas, conservação de piscina etc.

Nesse aspecto, para avaliar a possibilidade de contratação direta, volta-se aos parâmetros definidos anteriormente: se, na criação dos órgãos, a prestação dos serviços ou a produção dos bens, mesmo fora do âmbito do monopólio, para a Administração Pública, constitui finalidade específica da entidade criada, não há óbice à sua contratação direta, com supedâneo nesse inciso VIII”.

Dessa forma, como já assentei na decisão agravada, a ECT preenche todos os requisitos legais necessários à possibilidade de sua contratação direta, haja vista integrar a Administração Pública, ter sido criada em data anterior à edição da Lei 8.666/93 para a prestação de serviços postais, entre os quais entendo que se incluem os serviços de logística integrada.”

Importante registrar que, nesta decisão, o Ministro não citou o art. 173, § 1º, II da CF/1988 (citada pelos doutrinadores reproduzidos acima), o que indica a sua inaplicabilidade à hipótese legal que, como demonstrado acima, é bastante similar à do art. 75, IX da Lei 14.133/2021.

Importante também extrair desta decisão o significado da expressão “fim específico”, que consta tanto do art. 24, VIII da Lei 8.666/1993 quanto do art. 75, IX da Lei 14.133/2021. Pela dicção da doutrina citada acima, o “fim específico” para o qual a entidade contratada foi criada seria o de atender à Administração Pública. Mas veja que a decisão citada esclarece que o “fim específico” diz respeito a “o contratado ter sido criado com a finalidade específica de prestar o serviço objeto do contrato”.

Esta decisão foi proferida em sede de agravo regimental interposto contra decisão que havia concedido segurança pleiteada para cassar o Acórdão 1.800/2016-TCU-Plenário, integrado pelo Acórdão 213/2017-TCU-Plenário, o qual, por sua vez, consignou a ilegalidade da contratação direta da impetrante, no caso os Correios, pela Administração Pública.

Este fato pode levar à conclusão de que o TCU tem precedente contrário à contratação direta de ente da Administração Pública que preste serviço em ambiente concorrencial. No entanto, o próprio TCU possui precedentes em que a contratação direta com este tipo de entidade é permitida, *in verbis*:

“CONSULTA. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, EM CARÁTER EXCLUSIVO, DE PAGAMENTO DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E OUTROS SERVIÇOS SIMILARES, MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA POR PARTE DA CONTRATADA. CONHECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA MERCANTIL DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSES RECÍPROCOS E DE REGIME DE MÚTUA COOPERAÇÃO A DESCARACTERIZAR OS PRESSUPOSTOS DE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. FACULDADE DE O ADMINISTRADOR DISPENSAR A LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DIRETA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL, COM BASE NO ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CF/88, C/C O ARTIGO 24, INCISO VIII, DA LEI 8.666/1993, DESDE QUE COMPROVADA A VANTAGEM DA CONTRATAÇÃO DIRETA EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DOS RECURSOS PÚBLICOS AUFERIDOS DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA CONTRATADA À CONTA ÚNICA DO TESOURO NACIONAL E DE EXECUÇÃO DA DESPESA POR MEIO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, EM NOME DOS PRINCÍPIOS DA UNICIDADE DE CAIXA E DA UNIVERSALIDADE DO ORÇAMENTO. CIÊNCIA. 1. A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, havia vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação; **2. A Administração Pública Federal não está obrigada a promover prévio procedimento licitatório destinado a realizar a contratação de instituição financeira oficial para, em caráter exclusivo, prestar serviços de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, podendo optar por efetuar a contratação direta com fundamento no artigo 37, inciso XXI (primeira parte), da Constituição Federal, c/c o artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, desde que devidamente demonstrada a sua vantagem em relação à adoção do procedimento licitatório;** 3. Havendo interesse, a Administração Pública Federal pode promover prévio procedimento licitatório para contratação da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e

outros serviços similares, devendo franquear a participação no certame de instituições financeiras públicas e privadas, em cumprimento aos princípios da legalidade, da isonomia, da moralidade da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, bem assim da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e de outros princípios correlatos estampados no artigo 3º da Lei 8.666/1993; 4. Na hipótese de a Administração Pública Federal realizar contratação direta de instituição financeira oficial para a prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com supedâneo no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá cumprir, sob condição de eficácia do ato administrativo, as exigências estabelecidas no artigo 26, *caput* e parágrafo único, do referido diploma legal, sobretudo a apresentação do motivo da escolha do prestador do serviço (inciso II) e justificativa do preço (inciso III), bem como demonstrada a vantagem da contratação direta em relação à adoção do procedimento licitatório. 5. Havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas: 5.1. estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada com fundamento em estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993; 5.2. realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2001, preferencialmente sob forma eletrônica, conforme exige o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, tendo por base critério “maior preço”, em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no *caput* do artigo 3º da Lei 8.666/1993; 6. A receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União, devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64.”

(Acórdão 1940/2015-Plenário. Sessão de 05/08/2015. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Área: Licitação. Tema: Dispensa de licitação, grifos acrescidos)

Do exposto vê-se que, mesmo ante o posicionamento contrário da doutrina, há casos em que, por suas circunstâncias, a contratação direta de ente da Administração Pública que atua também no mercado concorrencial é permitida, desde que presentes os elementos prescritos pela lei e que autorizem esta forma de contratação. Com mais razão, então, será permitida a contratação de empresa estatal que presta serviço público, como é o caso da Cemig.

Voltando à análise de Felipe Boselli⁴, são três requisitos necessários para a configuração da hipótese legal descrita no art. 75, IX da Lei 14.133/2021: a) o contratado deve ser órgão ou entidade que integre a Administração Pública; b) o ente deve ter sido criado para esse fim específico; e c) o preço contratado deve ser compatível com o de mercado.

O fundamento dessa hipótese de contratação direta é a descentralização administrativa, em que a Administração Pública constitui pessoa jurídica (autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista) para a execução de atividades reservadas ao Estado, o que dispensa a realização de procedimento licitatório.

O segundo requisito, de o ente ter sido criado para esse fim específico, exclui as empresas estatais que explorem exclusivamente atividade econômica *stricto sensu*, caracterizada pela produção ou comercialização de bens ou pela prestação de serviços em geral, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição. Isso em razão do princípio da livre concorrência para a ordem econômica, previsto no inciso IV do art. 170 da própria Constituição, a fim de se evitar uma competição injusta pela concessão de privilégios para que as empresas estatais possam contratar com a Administração Pública. No entanto, por todo o exposto até aqui, parece perfeitamente possível que seja aplicado à contratação de empresa estatal que preste serviço público, ainda que esta prestação não seja direcionada exclusivamente à Administração Pública.

Neste ponto, é preciso esclarecer tanto a natureza jurídica da Cemig, quanto dos serviços prestados por ela, para fins de subsunção do quanto disposto no já citado art. 75, IX da Lei 14.133/2021.

⁴ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº 14.133/2021* – 2ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2023. Pág. 152.

1.1.2.1 Da natureza jurídica da CEMIG

Quanto à natureza jurídica da Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig, temos que, no âmbito do Estado de Minas Gerais, ela se constitui como entidade da Administração Indireta, da espécie sociedade de economia mista, tendo, portanto, personalidade jurídica de Direito Privado, cuja maioria das ações com direito a voto pertencem ao Estado de Minas Gerais, constituída na forma de sociedade anônima, nos termos do art. 4º da Lei 13.303/16.

A autorização legal para a criação da Cemig constou da Lei Estadual 828/51, que “dispõe sobre organização de sociedades de economia mista, destinadas a financiar e executar serviços de energia elétrica, e dá outras providências”. A constituição da então denominada Centrais Elétricas de Minas Gerais S.A. – Cemig foi objeto da Assembleia Geral de Constituição, em 02 de maio de 1952, arquivada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais (JUCEMG) em 27 de maio de 1952.

A Cemig foi constituída em 22 de maio de 1952, como sociedade por ações, de economia mista, e destina-se a construir, operar e explorar sistemas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, inclusive comercialização varejista, e serviços correlatos; a desenvolver atividades nos diferentes campos de energia, em quaisquer de suas fontes, com vistas à exploração econômica e comercial; a prestar serviços de consultoria, dentro de sua área de atuação, a empresas no Brasil e no exterior; e, a exercer atividades direta ou indiretamente relacionadas ao seu objeto social, incluindo o desenvolvimento, a exploração de sistemas de telecomunicação, de informação, a pesquisa e o desenvolvimento tecnológicos e a inovação, nos termos do art. 1º do seu Estatuto Social.

Já a Lei Estadual 8.655, de 18 de setembro de 1984, “dispõe sobre mudança de denominação da Centrais Elétricas de Minas Gerais S.A – Cemig – para Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig – e sobre ampliação de seu objetivo social, bem como dá outras providências”, tendo previsto, em seu art. 2º, que a Cemig “desenvolverá suas atividades nos diferentes campos de energia, em qualquer de suas fontes, com vistas à exploração econômica e comercial, construindo e operando, entre outros, sistemas de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica”.

Em decorrência do processo de desverticalização do setor elétrico determinado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), aprovado pela Lei Federal 10.848/04, houve a reestruturação de empresas de energia elétrica que atuavam em várias atividades de forma integrada, com a separação das atividades de distribuição das de geração e transmissão. No Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual 15.290/04, dispôs sobre a reestruturação societária da Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig, em razão do processo de desverticalização do setor elétrico.

Dessa forma, foram constituídas as subsidiárias integrais Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT) e Cemig Distribuição S.A. (Cemig D), nos termos do art. 37, XX da Constituição, que exige autorização legislativa, em cada caso, para a criação de subsidiárias das sociedades de economia mista, tendo constado tal autorização da referida Lei Estadual 15.290/04.

A Cemig Geração e Transmissão S.A. (Cemig GT) é uma sociedade por ações, constituída como subsidiária integral da sociedade de economia mista Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig, e tem por objeto: a) estudar, planejar, projetar, construir, operar e explorar sistemas de geração e de transmissão de energia elétrica, bem como atuar na comercialização de energia, inclusive comercialização varejista, e em serviços correlatos que lhe tenham sido ou venham a ser concedidos, por qualquer título de direito, ou a empresas das quais mantenha o controle acionário; b) desenvolver atividades nos diferentes campos de energia, em qualquer de suas fontes, com vistas à exploração econômica e comercial; c) prestar serviço de consultoria, dentro de sua área de atuação, a empresas no Brasil e no exterior; e, d) exercer atividades direta ou indiretamente relacionadas ao seu objeto social.

Já a Cemig Distribuição S.A. (Cemig D) é uma sociedade por ações, constituída como subsidiária integral da sociedade de economia mista Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig, e tem por objeto a prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica mediante o estudo, planejamento, projeto, construção, operação e exploração de sistema de distribuição, bem como a comercialização de energia elétrica e serviços correlatos que lhe tenham sido ou venham a ser concedidos, por qualquer título de direito, nos termos de seu Estatuto Social.

A Lei Estadual 18.695/10, dá nova redação ao inciso II do § 1º do art. 2º da Lei 8.655/84, de forma a admitir, pela Cemig, a possibilidade de exercício de atividades direta ou indiretamente relacionadas ao seu objeto social, incluindo o desenvolvimento e a exploração de sistemas de telecomunicação e de informação.

Dessa forma, a Cemig, entidade da Administração Pública Indireta do Estado de Minas Gerais, foi constituída como sociedade de economia mista para o fim específico de prestação de atividades nos diferentes campos de energia, o que inclui a comercialização.

1.1.2.2 Da natureza dos serviços prestados pela Cemig

Os serviços de energia elétrica possuem, inegavelmente, matriz pública de natureza constitucional, eis que sua prestação é atribuída expressamente à União Federal, por meio do art. 21, XII, *b* da Constituição Federal:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) **os serviços e instalações de energia elétrica** e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

(Grifos acrescentados)

A distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se enfrentou, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 46, os elementos que distinguem uma de outra:

“EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. **2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.** 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do

serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.”

(ADPF 46, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05-08-2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011, Grifos acrescidos).

Desta feita, passando ao largo da divergência a respeito do que deveria caracterizar o serviço público, se seria a natureza intrínseca do serviço ou do seu prestador, temos que a solução mais razoável é a de se adotar como serviços públicos aqueles que a lei ou, no caso, a Constituição, atribuem a determinado ente da Administração Pública. Neste caso, os serviços de energia elétrica foram reservados à União pela própria Constituição.

De se ver que o fato de a União poder delegar a sua execução a outro ente, inclusive a pessoas de direito privado, não retira do serviço a sua natureza pública. No caso da comercialização de energia, este serviço somente pode ser prestado por autorização da União, que é a titular dos serviços.

A evidência de que a Cemig GT, por exemplo, é prestadora de serviço público pode ser obtida junto aos contratos de concessão de que ela é titular, que indicam a forma de exploração de cada um dos empreendimentos (Serviço Público, Produtor Independente, Autoprodutor etc.). Citamos, a seguir, os contratos em que a Cemig GT figura como prestadora de serviço público de geração da energia, que será comercializada com o entes públicos (informação obtida no seguinte site: [Microsoft Power BI](#)):

ANEEL Usinas por Regime de Exploração

SCE - Superintendência de Concessões, Permissões e Autorizações dos Serviços de Energia Elétrica
Data de referência dos dados: 23/6/2023 13:07

Regime de Exploração

Produção Independente de Energia
Registro
Serviço Público

Proprietário

Deleco Geração S.A.
Cemig Geração Camargos S.A.
☒ Cemig Geração E Transmissão S.A.
Cemig Geração Itutinga S.A.
Cemig Geração Leste S.A.

Número de Agentes Proprietários

1

Agente

Cemig Geração E Transmissão S.A.

Município

Belo Horizonte

UF

MG

Empreendimento	Regime de Exploração	CEG	Fase	Origem	Proprietário / Regime de Exploração	Potência Outorgada (KW)	Município (s)
Nova Ponte	Serviço Público	UHE.PH.MG.001574-1	Operação	Hídrica	100% para CEMIG Geração e Transmissão S.A. (SP)	510.000,00	Nova Ponte - MG
Paraúna	Serviço Público	PCH.PH.MG.001977-1	Operação	Hídrica	100% para CEMIG Geração e Transmissão S.A. (SP)	4.280,00	Gouveia - MG
Saio Grande	Serviço Público	UHE.PH.MG.027210-8	Operação	Hídrica	100% para CEMIG Geração e Transmissão S.A. (SP)	102.000,00	Braúnas - MG
Theodomiro Carneiro Santiago (Antiga Emborcação)	Serviço Público	UHE.PH.MG.027115-2	Operação	Hídrica	100% para CEMIG Geração e Transmissão S.A. (SP)	1.192.000,00	Catalão - GO, Cascão Rico - MG
Três Marias	Serviço Público	UHE.PH.MG.027113-6	Operação	Hídrica	100% para CEMIG Geração e Transmissão S.A. (SP)	396.000,00	Três Marias - MG

Além disto, o serviço de transmissão de energia (do qual a Cemig GT também possui contrato de concessão) também é classificado como serviço público, sendo remunerado por tarifa, cobrada pelo Operador Nacional do Sistema – ONS dos usuários, nos termos do item 3.1, acima.

O terceiro requisito, referente à compatibilidade com os preços de mercado, não significa necessariamente menor preço, mas razoabilidade com a realidade de mercado. Este requisito é circunstancial, motivo pelo qual deve ser verificado e justificado em cada contratação a ser realizada com a Cemig, a qual deverá, à toda prova, demonstrar que seus preços são compatíveis com os usualmente praticados no mercado de energia.

1.2 Contratação por entidades reguladas pela Lei 13.303/16 – Lei das Estatais

As empresas estatais, por força do que dispõe o art. 28 da Lei 13.303/2016, deverão preceder as suas contratações por processo licitatório. No entanto, aqui também podem ocorrer casos em que o processo licitatório não levará, necessariamente, à melhor contratação. Para estas hipóteses, este diploma legal prevê a contratação direta, em que a licitação será inexigível ou dispensada.

Para a contratação do serviço de distribuição, esteja este associado ao fornecimento de energia ou não, há previsão da contratação direta quando a competição for inviável por exclusividade de fornecedor, nos termos do art. 30, inc. I da Lei das Estatais:

“Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

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

Aqui ocorre caso similar ao descrito no item 3.1.1 acima, em que a prestação do serviço sob a forma de monopólio natural e mediante a cobrança de tarifa torna o fornecedor exclusivo, de tal forma que não há outro fornecedor possível além daquele que detém a concessão para exploração deste serviço naquela região específica.

Já para o caso da contratação dos serviços de suprimento de energia elétrica, há previsão expressa da dispensa de licitação, no art. 29, X da Lei 13.303/2016:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

X – na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.”

Neste caso, para que a contratação direta possa ocorrer, há necessidade de que sejam satisfeitas as condições postas no § 3º do art. 30, quais sejam:

“Art. 30. (...)

§ 3º O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;

III - justificativa do preço.”

Desta feita, temos que é juridicamente possível a contratação direta do fornecimento de energia elétrica, bem como o uso do sistema de distribuição para a sua efetiva entrega, também aos entes da Administração Pública constituídos sob a forma de empresas.

2 CONCLUSÃO

À vista do exposto, do ponto de vista jurídico, para os serviços prestados sob a forma de monopólio natural pela Cemig, tais como os serviços de distribuição e/ou transmissão de energia elétrica, temos que estão presentes os elementos que permitem a sua

contratação direta pelos entes da Administração Pública sujeitos às normas da Lei 14.133/2021, especialmente, no quanto disposto no art. 74, inc. I:

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

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

Da mesma forma, avaliamos que estão presentes elementos que configuram a Cemig como prestadora do serviço público de energia elétrica, para o que ela foi criada especificamente, abrindo a oportunidade para a sua contratação direta pelos entes da Administração Pública com fundamento no art. 75, inc. IX da Lei 14.133/2021:

“Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”

O mesmo se aplica às contratações reguladas pela Lei das Estatais, na qual a contratação com prestador exclusivo do serviço de energia elétrica está prevista no art. 30, inc. I, e a dispensa para a contratação do suprimento de energia está prevista no art. 29, inc. X, ambos da Lei 13.303/2016:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

(...)

X – na contratação de concessionário, permissionário ou autorizado para fornecimento ou suprimento de energia elétrica ou gás natural e de outras prestadoras de serviço público, segundo as normas da legislação específica, desde que o objeto do contrato tenha pertinência com o serviço público.

(...)

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

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

Em qualquer dos casos citados, haverá necessidade da comprovação de que os preços praticados pelo prestador do serviço são os de mercado, na oportunidade da efetiva contratação.