EXMO. SENHOR ALAN BERNARDO COELHO DE SOUZA, SECRETÁRIO EXECUTIVO DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS/RJ, POR INTERMÉDIO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.

Recebido em 23/06/2020 às 15:52.

Danilo Rodrigues da Silva
Superintendente de Planejamento e Gestão Estratégica
Mat. 25.524

120559
ALEXANDRE GIOVANETTI

REF.: PROCESSO Nº 201800610 - CONCORRÊNCIA Nº 0040/2020
RECORRENTE: CONSÓRCIO LUZ ANGRA DOS REIS
RECORRIDO: CONSÓRCIO LUZ DE ANGRA

CONSÓRCIO LUZ DE ANGRA ("Recorrido"), já qualificado nos autos, vem, por seu representante credenciado, com fundamento no art. 109, §3º da Lei 8.666/93 e item 15.1 do Edital da Concorrência Pública nº 04/2020 ("Edital"), apresentar **CONTRARRAZÕES** ao recurso administrativo hierárquico ("Recurso") apresentado pelo Consórcio Luz Angra dos Reis ("Recorrente") em face da decisão de habilitação proferida na Concorrência Pública nº 04/2020 ("Concorrência"), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I. TEMPESTIVIDADE.

1. Em 17.06.2020, a Comissão Permanente de Licitação ("CPL") intimou o Consórcio Luz de Angra acerca da interposição do Recurso pelo Consórcio Luz de Angra dos Reis. Dessa forma, o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação destas Contrarrazões se iniciou em 18.06.2020 e se encerrará em 24.06.2020, conforme art. 109, §3 da Lei nº 8.666/93 e item 15.1 do Edital. A data de protocolo confirma a tempestividade destas Contrarrazões.

II. SÍNTESE DOS FATOS.

2. A presente Concorrência objetiva a concessão administrativa da execução de obras e da prestação de serviços de implantação, instalação, recuperação, modernização, eficientização, expansão, operação, manutenção e melhoramento da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública de Angra dos Reis/RJ, pelo prazo de 15 (quinze) anos.

3. A Concorrência seguiu as seguintes fases conforme pré-estabelecidas no Edital: (i) apresentação dos Envelopes 01 (Garantia), 02 (Propostas Comerciais) e 03 (Habilitação); (ii) análise e aprovação das garantias; (iii) sessão pública do leilão, com apresentação, classificação e julgamento das Propostas Comerciais; (iv) e análise da habilitação do proponente vencedor. Para o julgamento da fase *iii,* o Município fixou e

16

aplicou o critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública ao parceiro privado.

4. Conforme fixado no Edital, em 07.05.2020, após a apresentação dos Envelopes 1, 2 e 3 em 04.05.2020 na sede da Bolsa, Brasil Balcão ("B3"), a CPL aprovou as garantias e convocou todas as proponentes para participar da sessão pública de 08.05.2020.[1] Na sessão pública do leilão as Propostas Comerciais foram abertas e classificadas, conforme segue:

Proponente	Proposta (*contraprestação mensal*)	Deságio
Consórcio Luz de Angra (Recorrido)	R$327.060,00	*31%*
Consórcio Luz de Angra dos Reis (Recorrente)	R$377.979,00	*20,3%*
FM Rodrigues & Cia Ltda.	R$424.230,00	10,5%

5. Entre as propostas apresentadas pelo Recorrente (*segundo classificado)* e pelo Recorrido (*primeiro classificado*) havia uma diferença de até 20%, razão pela qual a disputa avançou para a fase de lances à viva-voz, conforme previsto no item 12.3 do Edital[2] e no Manual de Procedimentos da B3.

6. Nessa etapa de lances à viva-voz observa a ordem inversa da classificação, possibilitando que a segunda colocada ajuste sua proposta à melhor oferta em vigor. No entanto, o Recorrente, a quem caberia na condição de segundo colocado dar o primeiro lance na sessão e assim continuar na disputa legítima pelo objeto da Concorrência, optou **por não apresentar lances**[3], mantendo o valor apresentado em sua Proposta Comercial escrita.

7. Com isso, o Recorrente, tendo a oportunidade de apresentar uma oferta melhor para o Município de Angra dos Reis, desistiu de superar o valor da contraprestação mensal ofertado pelo Recorrido e se dispensou da fase de lances.

8. Assim, o Recorrente manteve sua Proposta Comercial de R$377.979,00, que representa um deságio de apenas 20,3% em relação ao valor teto fixado no Edital, **bem inferior em comparação ao deságio ofertado pelo Recorrido** de 31%. Essa diferença impacta num prejuízo ao Município de Angra dos Reis que, ao longo do período de

[1] Vide o comunicado: "*todas as proponentes que apresentaram envelopes na data designada no cronograma estão aptas para participação na fase do leilão, que ocorrerá no dia 08/05/2020, na B3*".
[2] *12.3. Caso haja PROPONENTES que tenham apresentado PROPOSTA COMERCIAL com valor igual ou até 20% (vinte por cento) superior ao valor proposto na menor PROPOSTA COMERCIAL, será processada fase de lances à viva-voz entre tais PROPONENTES, conforme as regras do MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA B3.*
[3] Conforme está comprovado no **minuto 28m40s** da gravação da sessão em disponível no canal da B3 no Youtube, disponível no link https://www.youtube.com/watch?v=8ApFE33_3eM.

execução da concessão, soma R$[--], considerando valor nominal, e R$ [--][4], considerando valor presente.

9. Em total descaso com o erário do Município de Angra dos Reis e com os usuários, o Recorrente considera essa diferença irrelevante. Assim, de forma ardilosa, o Recorrente não só omitiu a informação acima como ainda a taxou de "*irrisória*"[5], evidenciando o oportunismo das razões postas em seu Recurso.

10. Pois bem. Diante da ausência de lances, o Diretor da Sessão declarou o Consórcio Luz de Angra como vencedor, por ter apresentado a melhor Proposta Comercial com a menor contraprestação mensal.

11. Assim, seguindo o rito procedimental previsto no Edital, a sessão foi encerrada e a CPL prosseguiu à análise da habilitação do vencedor, o Consórcio Recorrente. Em 03.06.2020, a CPL divulgou a habilitação do Consórcio Luz de Angra:

> *"O Município de Angra dos Reis, vem por meio deste, tornar público, o resultado da fase de habilitação da concorrência 004/2020, referente à concessão administrativa para a execução de obras e prestação de serviços, incluindo a implantação, instalação, recuperação, modernização, eficientização, expansão, operação, manutenção e melhoramento da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública do Município de Angra dos Reis, com a administração declarando* ***o CONSÓRCIO LUZ DE ANGRA****, representado pela ITAÚ CORRETORA DE VALORES S.A.,* ***o qual apresentou melhor proposta na fase do leilão, HABILITADO****. Aproveitamos para informar que o prazo para etapa recursal começa a contar desta publicação, por período de 5 dias úteis, conforme item 15.1 do edital."*

12. Diante dessa decisão, mesmo tendo expressamente dispensado a oportunidade de melhorar sua Proposta Comercial por meio de lances à viva-voz, o Recorrente, **por mero inconformismo**, apresentou Recurso em 12.06.2020.

13. Como a seguir se verá pontualmente, as alegações do Recorrente não têm respaldo nas disposições do Edital nem tampouco na legislação aplicável, cingindo-se a uma conveniente criação de um suposto impedimento à participação nesta Concorrência e uma inexistente falha na documentação.

14. Trata-se das seguintes alegações:

---

[4] Descontado à uma taxa de [--]% ao ano. [NOTA CESCON: usar VPL apenas se o valor absoluto e a taxa de desconto fizerem sentido para fortalecer o argumento; noto aqui que a Recorrida mencionou na peça do recurso que a diferença era "irrisória"; se fizer sentido, considerar também explicar porque a taxa do desconto escolhida faz sentido no contexto].

[5] Vide página 24, 5º parágrafo, segunda linha, da peça do recurso.

(i) haveria um conflito de interesse suposto e imaginado apenas pelo Recorrente, que se daria entre a gestora do Contrato de PPP, a consorciada Enel X e a distribuidora de energia elétrica do Estado do Rio de Janeiro, a Ampla Energia; segundo alega o Recorrente, tal conflito se daria pelo compartilhamento de receitas acessórias e pelo risco de falhas na implementação das melhorias e no cumprimento da concessão; e

(ii) teria havido também descumprimento dos requisitos de habilitação, em decorrência da não apresentação de Nota Explicativa nos balanços das empresas consorciadas Selt Engenharia e Mobit.

15. Essas alegações não procedem. Como será pontualmente rebatido nos tópicos seguintes, não há fundamento fático ou jurídico capaz de sustenta-las, conforme seguinte síntese:

(i) não há vedação no Edital ou na legislação aplicável que impeça a futura concessionária dos serviços de iluminação pública de integrar o mesmo grupo econômico da distribuidora de energia elétrica local, de modo que, acatar a opinião do Recorrente violaria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, nos termos dos artigos. 3º e 41 da Lei 8.666/93;

(ii) as hipóteses de conflito de interesse supostas pelo Recorrente são impraticáveis, pois demandariam deste Recorrido uma série gravíssima de violações claras aos rigorosos controles regulatórios, contratuais e societários que incidem sobre a futura concessionária do serviço de iluminação pública de Angra dos Reis; trata-se de uma premissa de descumprimento contratual inimaginável não apenas sob os aspectos contratuais e de governança, mas também financeiro, na medida em que há multas expressas para os descumprimentos supostos pelo Recorrente;

(iii) é evidente que o Consórcio Luz de Angra, sobretudo as consorciadas Selt e Mobit, cumpriu todas as exigências do Edital, visto que as apresentações de Notas Explicativas em balanços de sociedades limitadas não possuem respaldo legal e sua exigência configuraria em formalismo exacerbado, que não poderia ser aceito na condução desse processo licitatório.

16. Está muito claro que, tendo sido incapaz ou tendo deliberadamente se desinteressado em apresentar uma melhor Proposta Comercial para o Município, apesar de ter tido a oportunidade de fazê-lo, o Recorrente optou por aguardar comodamente o resultado da Concorrência para criar argumentos a fim de combate-lo. Para tanto, lançou mão da alegação de irregularidades na habilitação do Recorrido sem amparo nas disposições do Edital ou mesmo na legislação aplicável. Ao final destas Contrarrazões,

essas convenientes alegações do Recorrente serão devidamente desconstruídas uma a uma. É o que será demonstrado a seguir.

III. MÉRITO.

III.1 VINCULAÇÃO AO EDITAL. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DA ENEL X.

17. O Recorrente pretende imputar ao Consórcio Recorrido uma suposta e inexistente situação de conflito de interesses em relação à distribuidora de energia elétrica no Município de Angra dos Reis. Isso porque, a consorciada Enel X e a Ampla Energia e Serviços S.A (conhecida como Enel Distribuição Rio , doravante denominada "Ampla") são coligadas, ou seja, empresas sob o controle comum da Enel Brasil S.A..

18. Tal alegação não passa de uma aventura jurídica, sem qualquer respaldo e que não merece prosperar, como se demonstrará. Para além da impertinência jurídica e técnica, a pretensão do Recorrente implicaria na alteração das regras de participação previstas no Edital, no sentido de incluir uma vedação à participação que não foi prevista pelo Poder Concedente, o que de forma alguma pode ser admitido.

19. As condições de participação em licitação devem estar expressas no instrumento convocatório e devem se amparar em sólida motivação e com o devido respaldo na legislação aplicável. No caso do presente Edital, não foi por acaso que a restrição pretendida e supostas pelo Recorrente não constou do Edital: ela não tem amparo legal na regulação do setor de energia aplicável.

20. Todo e qualquer edital de licitação busca a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e, para tanto, vale-se de uma estrutura de regras de disputa bastante conhecida do mercado, que envolve, no mínimo, as seguintes definições, que devem estar expressas: requisitos de participação a serem cumpridos pelos licitantes; vedações, que impedem certos particulares de se candidatar à disputa isoladamente ou em consórcio; e o critério para o julgamento da melhor proposta pela Administração Pública.

21. A Administração Pública possui discricionariedade para, conforme o interesse público inerente a determinado objeto a ser licitado, dispor sobre essas condições de participação por meio da definição das regras do edital. Essa discricionariedade, contudo, tem um limite que se encerra, num primeiro momento, quando se publica o edital.

22. Após a publicação do edital e iniciada a licitação, o texto ainda pode ser alterado durante a fase de discussão com os licitantes e potenciais interessados, que poderão pedir esclarecimentos e impugnar. Se essas alterações impactarem na apresentação dos documentos e da proposta, é preciso republicar o edital pelo mesmo prazo e modo original, renovando-se a publicidade do texto.

23. Ultrapassada essa fase, o instrumento convocatório passa a ser a lei interna da licitação, vinculando Administração Pública e licitantes. Suas regras, condições e normas não poderão ser alteradas, desrespeitadas ou alteradas, sob pena de violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo fixados nos artigos 3° e 41 da Lei 8.666/93.

24. Essas são também as lições de Marçal Justen Filho, para o qual, com a divulgação do edital, as regras e escolhas feitas pela Administração Pública não poderão ser alteradas, ficando ambos, autoridade e licitante, subordinados ao seu conteúdo:

> *"**Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade**, que deixa de ser invocável a partir de então – ou, mais corretamente, se a Administração pretende renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita, como regra, a refazer toda a licitação (...). **A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele.** Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. **Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que o regerão**"* (g.n.)[6]

25. Aliás, o próprio Recorrente, apesar de não se amparar no Edital ou na legislação aplicável, invoca em seu Recurso a importância de vinculação ao instrumento convocatório, conforme seguinte transcrição:

> *"Diante da vinculação às normas editalícias, não há que se falar em liberdade da escolha do administrador no procedimento licitatório, não decorrendo o resultado final da licitação de qualquer decisão subjetiva do administrador, **sendo vitoriosa a proposta que se revela mais amoldada aos interesses públicos explicitados no Edital, segundo critérios objetivos**"*. (fl. 23, Recurso)

26. A argumentação do próprio Recorrente não poderia ser mais clara em relação à impossibilidade jurídica do que ele próprio pretende com o Recurso. Isso porque, o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública **dentro dos critérios e limites estabelecidos no Edital**.

27. Sendo este o objetivo da licitação, está muito claro que o Município de Angra não tem discricionariedade quanto à consagração deste Recorrido como vencedor da Concorrência, pois se trata da melhor proposta segundo os critérios do Edital.

---

[6] Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18ª ed., 2019. Revista dos Tribunais.

28. Isso porque, ao contrário do que imagina o Recorrente, o Município de Angra dos Reis não vedou a participação de empresa coligada à empresa de distribuição de energia elétrica e o Consórcio Recorrido apresentou a melhor proposta econômica. Assim, **a pretensão recursal do Consórcio Luz de Angra dos Reis se revela completamente frustrada e impertinente**.

29. Tanto é que em suas alegações o Recorrente ***não apresenta sequer um item do instrumento convocatório*** ou norma jurídica que eventualmente demonstrasse, de forma direta ou indireta, que a Enel X, consorciada do Recorrido, não poderia participar desta Concorrência.

30. Trata-se obviamente de um mero inconformismo daquele que optou pela cômoda posição de se manter em segundo lugar e posteriormente discutir a qualquer custo a vitória da melhor proposta, mesmo que não haja fundamentos técnicos jurídicos hábeis.

31. Para tanto, o Recorrente se sustenta a todo tempo em uma vedação à participação não disposta no Edital. Com relação a esse argumento, o Recorrente **jamais apresentou qualquer manifestação no sentido de impugnar o Edital por não vedar a participação de empresas coligadas à distribuidora.** Porém, não tendo ofertado a melhor proposta, pretende, neste momento, criar um novo requisito de participação na licitação não fixado pela Administração Pública no Edital. Além de não previsto, a nova regra pretendida pelo Recorrente não encontra respaldo na legislação e na regulamentação aplicável ao setor, não podendo sequer ser presumida ou admitida.

32. Com isso, a pretensão do Recorrente de pedir a inabilitação do Recorrido com base no argumento falacioso de existência de conflito de interesses, viola os artigos 3° e 41 da Lei 8.666/93. Tais dispositivos, ao regularem o núcleo central da seleção da proposta mais vantajosa, impedem o descumprimento das normas e condições do Edital:

> *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a* ***seleção da proposta mais vantajosa*** *para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da* ***vinculação ao instrumento convocatório****, do* ***julgamento objetivo*** *e dos que lhes são correlatos.*
> *[...] Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital,* ***ao qual se acha estritamente vinculada****."* (g. n.)

33. Aliás, em recente precedente, o Supremo Tribunal Federal ("STF") rechaçou a previsão superveniente de novos critérios de avaliação/classificação, por violação aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório:

*"(...) 3. A **previsão superveniente de novos critérios de avaliação/classificação, bem como de novas fases do certame ou de etapas de impugnação sem a anterior previsão no instrumento convocatório, revela-se lesiva aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao instrumento convocatório.** Precedentes. 4. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO."* (g. n.)[7]

34. Para fins de elucidação, o Recorrido transcreve abaixo as disposições do Edital que dizem respeito às condições de participação na presente Concorrência:

*"6.1. **Poderão participar da LICITAÇÃO, isoladamente ou em CONSÓRCIO, pessoas jurídicas nacionais (inclusive entidades de previdência complementar e INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS), fundos de investimento, ou empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, que atendam aos termos deste EDITAL.***

*6.2. **Não poderão participar da LICITAÇÃO** as pessoas jurídicas que, isoladamente ou em CONSÓRCIO:*

(i) Tiverem sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;

(ii) Estiverem temporariamente suspensas de participar de licitações e impedidas de contratar com o MUNICÍPIO;

(iii) Cujo(s) dirigente(s) ou responsável(is) técnico(s) seja(m) ou tenha(m) sido, nos últimos 180 dias anteriores à data de publicação do EDITAL, servidor(es) ocupante(s) de cargo(s) ou emprego(s) nos órgãos ou entidades contratantes ou responsáveis pela LICITAÇÃO, ou agente(s) público(s) impedidos de contratar com a Administração Pública Direta e Indireta do MUNICÍPIO, por vedação constitucional ou legal;

(iv) Estiverem em regime de recuperação judicial ou extrajudicial, bem como no caso de insolvência, administração especial temporária ou intervenção e, ainda, cuja falência tenha sido decretada por sentença judicial, ressalvado o disposto no item 6.2.1;

(v) Tiverem incorrido na pena de interdição de direitos por crime ambiental, nos termos do artigo 10 da Lei Federal nº 9.604, de 12 de fevereiro de 1998; e

(vi) Estiverem sob intervenção da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC ou órgão que a substitua".

35. Note-se que o Município de Angra dos Reis dispôs expressamente, em rol taxativo, quais pessoas jurídicas poderiam participar da Licitação e quais não poderiam participar. O item 6.2 trouxe esse segundo rol. Note-se que **não há, nas hipóteses elencadas no rol do item 6.2 do Edital, qualquer vedação à participação de empresa**

[7] STF - AgR MS: 35011 DF - DISTRITO FEDERAL 0007572-25.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/05/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-129 26-05-2020.

16

integrante do mesmo grupo econômico ou relacionada a uma distribuidora de energia. E nem poderia haver pois não há, na legislação aplicável, fundamento para esse impedimento.

36. Dessa forma, está muito claro que o Consórcio Recorrido está plenamente autorizado a participar da presente Concorrência e que a pretensão de ulterior alteração dos critérios de participação seria inadmissível e violaria, *in totum*, os princípios basilares das licitações públicas. Isso viola também a segurança jurídica inerente a qualquer disputa pública.

37. Considerando esse cenário, não se pode admitir que, depois de encerrado os prazos de consulta pública, audiência pública e impugnação ao Edital, e após o Recorrente optar por não ofertar a melhor proposta na sessão pública, venha este pretender se beneficiar de uma intempestiva e impertinente modificação das condições de participação estabelecidas originalmente no instrumento convocatório.

38. Esse expediente é vedado pelo artigos 3° e 41 da Lei 8.666/93, conforme as seguintes lições da doutrina especializada e em precedentes do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") a propósito do tema:

> "*Citem-se no texto da Lei 8.666/93, dispositivos que se destinam precipuamente a concretizar o* ***princípio da legalidade****: são eles: o* ***art. 4° - que estabelece o direito à fiel observância do procedimento - e o art. 41, que exige o cumprimento das normas e condições do edital. O instrumento convocatório é a baliza no relacionamento entre a Administração e os licitantes****, fixando os direitos e explicitando prerrogativas. Eis por que* ***é vedada qualquer surpresa nesse relacionamento: esta representaria a arbitrariedade****."*[8]
>
> "*Vinculação ao edital - A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação.* ***Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e proposta em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu****".*[9]
>
> "*Costuma-se dizer que o edital é a lei da licitação; é preferível dizer que a lei da licitação e do contrato, pois* ***o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório****, previsto no art. 3° da lei n. 8.666/93.* (...)".[10] (g.n)

---

[8] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos.* 11ª ed. Del Rey: 2011, p. 108.
[9] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989, p. 243.
[10] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, 6ª ed., Atlas pág. 282.

> *"4. Consoante dispõe o* ***art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deverá ser reprimido.*** *[...]".* [11]

39. Nesse aspecto, é preciso fixar que, sendo clara a inexistência do invocado impedimento no Edital, o Recorrente pretende se valer desta via recursal para manifestar uma suposta, conveniente e intempestiva discordância com as condições do Edital. No entanto, durante o prazo para sua impugnação do Edital o Recorrente nada argumentou sobre essa sua dita preocupação com o alegado conflito de interesse decorrente da participação de empresa coligada da distribuidora – que de resto como se verá é juridicamente impossível.

40. Certo é que não faltaram oportunidades para que o Recorrente manifestasse essa sua conveniente e intempestiva preocupação. Vejamos.

41. O Edital foi levado à Consulta Pública no período de 27.09.2019 a 27.10.2019 e também foi objeto de Audiência Pública em 21.10.2019. Nessas oportunidades todos os interessados puderam apresentar contribuições, críticas e dúvidas à Administração Pública, a respeito do Edital e dos seus anexos e também do projeto.

42. Das contribuições recebidas pelo Município de Angra dos Reis na Consulta e na Audiência Pública, **verifica-se que não foram apresentadas sugestões ou críticas relacionadas aos critérios de participação na licitação, notadamente quanto à participação no certame por empresa relacionada à distribuidora de energia**, seja diretamente, seja indiretamente por meio de suas coligadas ou participante de consórcio.

43. Passada essa fase e depois de publicado o Edital da Concorrência 04/2020, durante o prazo para impugnação, o Recorrente também não expressou a sua dita preocupação com essa percepção de tão absurdo suposto conflito de interesse com a possível participação de empresa do mesmo grupo da distribuidora. Pretendeu, no entanto, externa-la somente agora, depois de já consagradas as regras de admissão ao certame e depois de já realizada a sessão de leilão – na qual optou por se manter em segundo lugar –, declarado o vencedor e habilitado o Consórcio Recorrido.

44. No caso, os Consórcios e as respectivas sociedades consorciadas são *players* relevantes no mercado, tendo frequentemente concorrido em licitações de projetos de PPP de Iluminação Pública em diversos Municípios do Brasil, como Teresina, Porto Alegre, Uberlândia, dentre outros.

---

[11] STJ, MS 13.005/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, *DJe* de 17/11/08.

45. Nesse cenário, era de se esperar que o Consórcio Recorrente antevisse a possibilidade de a Enel X participar desta Concorrência, especialmente porque a referida consorciada participou do Procedimento de Manifestação de Interesse que a antecedeu (PMI Nº 001/2018, "PMI"). No Edital desta Concorrência (item 16.3, vii[12]) e no do Chamamento Público nº 001/2018/SDU do referido PMI (item 15[13]) há previsões expressas no sentido de que entre os estudos aproveitados pelo Município está o que foi apresentado pela Enel X e que esta poderia participar do futuro procedimento licitatório.

46. Mesmo diante dessas previsões, o Recorrente em nenhum momento impugnou ou apresentou contribuições ao Edital no sentido de externar sua preocupação agora manifestada com a participação de empresa integrante do grupo econômico da Ampla. Talvez por reconhecer que, de acordo com a regulação do setor elétrico e com todos os elementos fáticos, contratuais e societários, não há riscos de ocorrência de qualquer situação de conflito de interesse. E que nessa linha, eventual limitação serviria apenas como uma forma de restringir indevidamente a competitividade do certame, colocando em risco a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

47. Fato é que, enquanto lhe era franqueada a possibilidade de questionar as regras de participação, o Recorrente, por diversas vezes, não o fez. Essa situação de ausência de impugnação ao Edital cumulada com a participação no certame, para Marçal Justen Filho,[14] configura **manifestação inequívoca de concordância com as regras contempladas no ato convocatório**:

> *"Como regra, a renúncia a direito pode ser produzida quando o silêncio for qualificado ou acompanhado de alguma outra forma de manifestação inequívoca de vontade.* ***Isso permite afirmar que o sujeito que participa de uma licitação, submetendo-se a todas as exigências contempladas no ato convocatório, atual tal como se não tivesse ressalva ou divergência em vista das cláusulas editalícias****."* (g.n.)

48. Essa é inclusive a percepção do Superior Tribunal de Justiça que já firmou o entendimento no sentido que a aceitação aos termos do edital se **consuma após o término do prazo para impugná-lo**:

---

[12] *"(vii) Comprovação do pagamento devido ao Consórcio NEPTUNO, constituído pelas empresas* ***ENEL X*** *e CITELUX SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO URBANA, a título de reembolso pelos estudos apresentados em razão do CHAMAMENTO PÚBLICO nº 001/2018/SDUS – PMI Nº 001/2018, nos termos do item 11 do edital do referido PMI, e calculados conforme avaliação de aproveitamento (...)" (g.n)*

[13] *"15. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS FUTUROS A apresentação de projetos e estudos técnicos pelos interessados* ***não resulta em qualquer espécie de impedimento de participar, direta ou indiretamente, de procedimentos licitatórios relativos a contratação da PPP****, realização do projeto ou de obras e serviços a este correlatos na forma do art. 31 da Lei 9.074/95, e nem inibe a participação de futuros licitantes que não tiverem apresentados estudos e estudos técnicos."* (g.n)

[14] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18ª Edição.

*"**ADMINISTRATIVO** - LICITAÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO - **IMPUGNAÇÃO DO EDITAL** - DECADÊNCIA - COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA DE PREÇOS UNITÁRIOS E COM O VALOR GLOBAL. 1. **A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame, consumando-se a decadência** (divergência na Corte, com aceitação da tese da decadência pela 2ª Turma - ROMS 10.847/MA). 2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global - arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei 8.666/93. 3. Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exeqüíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global. 4. Recurso improvido."*[15]

49. Nesse cenário, é importante não perder de vista a conduta do Recorrente até o momento: (i) não apresentou qualquer contribuição ao Edital durante o período de consulta/audiência pública; (ii) não impugnou o Edital quando este foi divulgado; (iii) e manteve sua Proposta Comercial classificada em 2° lugar, mesmo depois de ter tido oportunidade de superar a Proposta Comercial deste Recorrido. Sua irresignação, neste momento, quanto aos termos e condições do Edital se revela inadequada, ilegal e ainda por cima, intempestiva.

50. Importante ressaltar, ainda, que caso fosse do interesse do Poder Concedente restringir a participação no certame de empresas relacionadas à distribuidora, assim teria o feito, efetivamente colocando no rol do item 6 do Edital tal possibilidade. Ainda, caso assim optasse, deveria justificar e motivar adequadamente o porquê de tal escolha — na medida em que uma vedação **desse porte configuraria uma ilegal restrição da competitividade do certame**, que afronta o art. 3°, I da Lei 8.666/93[16]. Nas lições de Marçal Justen Filho[17]:

"A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.
(...) O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá

---

[15] STJ, RMS n. 15.051/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 18.11.2002.

[16] *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos. (...) § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991."* (g.n)

do tipo de prestação que o particular deverá assumir. ***Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão invalidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação****.".*

51. Essa conformação de exigências afigura-se em linha com o art. 37, XXI da Constituição, o qual, ao prever o dever de licitar, impõe a obrigação de que sejam impostas unicamente as exigências mínimas necessárias para viabilizar a seleção da melhor proposta apresentada por aquele que comprove possuir condições de executar o futuro contrato.

52. Diante dessas disposições, resta evidente que o Município de Angra dos Reis, ao modelar o Edital dessa Concorrência, optou por não impor condições de participação desmotivadas, não amparadas na legislação e que poderiam prejudicar indevidamente a competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa. Essa opção não foi à toa, há razões de cunho concorrencial que apoiam a ampla participação de empresas do mesmo grupo econômico da distribuidora local, por trazer eficiência. Além de maximizar a concorrência, há possibilidade de se conseguir o melhor preço para o Município, objetivo principal do procedimento licitatório.

53. Ao contrário do que a Recorrente busca fazer crer, a integração vertical, isto é, a atuação de um mesmo grupo econômico em diferentes elos de uma cadeia de produção, não é considerada uma conduta anticompetitiva por si só.

54. Nesse sentido, a doutrina reconhece que essa estratégia de negócios é uma possível e provável fonte de diversos tipos de eficiências, incluindo economias de escopo (Scherer e Ross, 1990), redução de problemas informacionais (Lafontaine e Slade, 2010) e de custos de transação (Williamson, 1985, 1991, 1996, 2005).[18]

55. Ainda, segundo Lafontaine e Slade (2007), as evidências apontam que

> *"[...] na maior parte das circunstâncias, decisões de integração vertical maximizadoras de lucro são eficientes, não só do ponto de vista das firmas, mas também dos consumidores [...]* ***Desta forma, concluímos que, face a um acordo vertical, deve recair sobre as autoridades da concorrência o ônus de provar que tal acordo é anticompetitivo antes que a prática seja atacada****"*[19].

---

[18] De acordo com AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira**. Em: Escola de Economia de São Paulo, Textos para Discussão, 264, julho de 2010.

[19] Tradução livre de "*under most circumstances, profit maximizing vertical-integration decisions are efficient, not just from the firms' but also from the consumers' points of view* [...] *We there fore conclude that, faced with a vertical arrangement, the burden of evidence should be placed on competition authorities to demonstrate that that arrangement is harmful before the practice is attacked. Furthermore, we have found clear evidence that restrictions on vertical integration that are imposed, often by local authorities, on owners of retail networks are usually detri mental to consumers*". (LAFONTAINE, Francine; SLADE,

56. Nessa linha, a participação de empresas do mesmo grupo, chamada integração vertical, pode inclusive ensejar maior **bem-estar social, aumento da quantidade produzida e menor preço ao consumidor final**[20], que no caso é toda a população do Município de Angra dos Reis.

57. Não por outro motivo, a Lei nº 12.529/2011 ("Lei de Defesa da Concorrência") não trata a integração vertical como uma infração contra a ordem econômica. Nesse sentido, a própria jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") reconhece as eficiências geradas por integrações verticais. Veja abaixo:

> *"Integrações verticais dizem respeito à união de atividades que se encontram em níveis diferentes da cadeia de valor. **Ao optar por integrar essas atividades, empresas passam a ter o potencial de criar eficiências, com a redução dos custos de transação, maior controle do insumo, redução ou eliminação da dupla margem, entre outros**."* (g. n.)[21]

58. Cabe lembrar que **tanto o mercado de iluminação pública quanto o de distribuição de energia elétrica são considerados monopólios naturais**, nos termos e limites das suas respectivas concessões[22]. A jurisprudência do CADE corrobora essa afirmação para ambos os setores em análise[23]. Ou seja, não seria nem mesmo possível cogitar de supostas condutas de fechamento de mercado ou discriminação de terceiros, já que, em cada elo dessa relação de fornecedor-consumidor, haverá apenas um agente econômico responsável por toda a concessão, em decorrência das próprias especificidades do serviço.

59. O próprio CADE já **analisou algumas operações entre empresas atuantes com serviços de iluminação pública e empresas atuantes com distribuição de energia**, não levantando qualquer preocupação. Por exemplo, o Grupo Energisa (atuante em diversas etapas da cadeia de energia elétrica, bem como em serviços de operação e manutenção de sistemas de iluminação pública) adquiriu participações em distribuidoras de energia, tendo sido as operações aprovadas sem restrições[24].

Margaret. **Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence**. Em: Journal of Economic Literature, Vol. 45, No. 3 (Sep., 2007), pp. 629-685).

[21] Ato de Concentração nº 08700.007526/2017-91, Requerentes: Claro S.A. e CEMIG Telecomunicações S.A., aprovado sem restrições em 22 de dezembro de 2017.

[22] Note-se que a Resolução Normativa 581/13 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL garante a possibilidade de a distribuidora prestar o serviço de iluminação como atividade acessória complementar, desde que conte com a anuência do Município, titular dos serviços.

[23] Por exemplo, Ato de Concentração nº 08700.000142/2019-29 (EDP Energias do Brasil S.A. e Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A.), aprovado sem restrições em 24 de janeiro de 2018; e Ato de Concentração nº 08700.001228/2020-93 (Requerentes: Remo Ltda., Selt Engenharia Ltda., Construtora Barbosa de Mello S.A., BH Iluminação Pública S.A.), aprovado sem restrições em 12 de maio de 2020.

[24] Atos de Concentração nº 08700.005391/2018-19 (Energisa S.A. e Eletroacre Distribuidora de energia S.A.) e 08700.005393/2018-78 (Energisa S.A. e Centrais Elétricas de Rondônia S.A.), aprovados sem restrições em 25 e 27 de setembro de 2019, respectivamente.

60. Como se observa, a potencial integração vertical entre o mercado de distribuição de energia elétrica e o mercado de iluminação pública não levanta qualquer preocupação concorrencial, e esse argumento deve ser sumariamente afastado.

61. Ainda, conforme será detalhado adiante, a futura concessionária será organizada por meio de SPE e não terá qualquer incentivo para deixar de atuar no melhor interesse da PPP e dos moradores de Angra dos Reis. Assim, não há nenhuma impacto negativo decorrente do fato de uma das suas acionistas da futura SPE ser do Grupo Enel, mesmo grupo a que pertence a Ampla, distribuidora local.

62. Tendo em vista que as contraprestações da SPE dependerão do seu desempenho, inclusive por meio da modernização e geração de eficiências para o sistema de iluminação pública do município, bem como de eventuais bônus decorrentes de economia de energia elétrica, os demais acionistas da SPE que decorrerá do Consórcio Recorrido seriam um contrapeso a qualquer suposta tentativa de favorecimento da distribuidora ou de acionista controlador desta, por meio do aumento do consumo de energia elétrica – o que, por diversos motivos, inclusive regulatórios e/ou decorrentes do próprio contrato, não seria sequer possível.

63. O próprio Edital, em consonância com a grande maioria dos editais para concessões de iluminação pública no Brasil, não proíbe a participação de empresas que tenham grupos econômicos verticalmente relacionados. E essa opção é correta, uma vez que se trataria de uma proibição infundada, que limitaria a concorrência, restringindo o número de potenciais participantes e frustrando a busca da proposta mais vantajosa.

64. Nesse sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE ressalta que se deve realizar uma avaliação aprofundada dos efeitos na concorrência sempre que uma proposta gerar o risco de limitação: (i) do número ou variedade de fornecedores, por exemplo ao limitar a capacidade de certas empresas de prestarem um bem ou serviço; (ii) da concorrência entre empresas; (iii) do incentivo para empresas competirem; e (iv) da escolha do consumidor e da informação disponível[25]. Esse seria justamente o caso da proibição de participação de empresas atuantes em outros setores da cadeia de energia elétrica, que são expressivamente verticalizadas.

65. Ressalte-se também que, no Brasil, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE tem competência para a função de advocacia da concorrência no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC"), incluindo a função de propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possa afetar a concorrência nos setores econômicos do país, nos termos do art. 19 da Lei de Defesa da Concorrência. Isso

[25] OCDE (2017), *Guia para Avaliação de Concorrência – Volume 1 – Princípios*, www.oecd.org/competition/toolkit

inclui as manifestações da SEAE em editais de licitação e outros documentos acessórios expostos a audiências públicas.[26]

66. Entretanto, com relação a este Edital, mesmo que após consulta e audiência públicas, a SEAE não fez qualquer manifestação contrária à possibilidade de participação de empresa do mesmo grupo econômico da distribuidoras de energia.

67. Por outro lado, analisando recentemente os potenciais efeitos, sobre a concorrência, da Lei do Município de São Paulo nº 17.180/2019 e do Decreto nº 59.196/2020, que regulam os serviços funerários, cemiteriais e de crematórios daquele município, bem como do Edital de Concorrência nº 002/SGM/2020, que prevê a concessão desses serviços para a iniciativa privada, a SEAE ressaltou que

> "*o caso da integração de atividades dentro de um cemitério pode ter certo sentido econômico e não nos opomos a ela. [...] Muito provavelmente a execução desse conjunto de atividades (verticalização) no âmbito do cemitério (numa única firma) deve gerar economias de escopo por conta de subatividade dos custos da gestão*".

68. Ou seja, a verticalização foi um problema por si só, sendo reconhecida a possibilidade de trazer eficiências, conforme já extensivamente demonstrado acima.

69. Em conclusão, a proibição de participação da Enel X se daria em prejuízo à sociedade, aos consumidores e em oposição à Constituição. Além do art. 37, XXI, que traz o fundamento constitucional, os objetivos e os limites do dever de licitar, o art. 170 estipula **que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e deve observar o princípio da livre concorrência**, bem como que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

70. Somente os argumentos expostos neste tópico já seriam suficientes para afastar por completo as ilações do Recorrente.

71. Contudo, demonstraremos a seguir de maneira detalhada, que há outros elementos que contribuem para demonstrar o falacioso argumento do Recorrente quanto a existência de conflitos de interesses (i) a inaplicabilidade do precedente do Município de São Paulo e (ii) os inúmeros controles regulatórios, contratuais e societários que impedem influências negativas de uma coligada na execução do contrato de concessão objeto desta Concorrência.

---

[26] Para um relatório detalhado das atividades de advocacia da concorrência da SEAE, vide o documento "*Produtividade e Concorrência*" (dezembro de 2018), disponível em http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/analises-e-estudos/arquivos/2018/produtividade-e-concorrencia.pdf

III.2. INAPLICABILIDADE DO JULGADO CITADO PELO RECORRENTE.

72. Como já demonstramos no tópico anterior, para fundamentar suas razões recursais, o Recorrente **não apresenta nenhum dispositivo do instrumento convocatório ou legal** que permita concluir que a Enel X não poderia participar desse certame, em razão de suposto e irreal conflito de interesses.

73. No sofisma de tentar modificar o Edital para se sagrar vencedor com a segunda melhor proposta, o Recorrente se vale unicamente de uma recomendação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo ("TCM/SP"), destinada ao Município de São Paulo, para a PPP de iluminação pública daquele Município.

74. Contudo, tal precedente é inaplicável ao presente caso concreto.

75. Em primeiro lugar, o TCM/SP é uma corte de contas local, com área de competência restrita ao Município de São Paulo, e suas recomendações não possuem força de lei e tampouco vinculam outros entes federativos. Ou seja, não se aplica ao Município de Angra dos Reis, por sua vez, sujeito ao controle externo de competência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro ("TCE/RJ")

76. Em segundo lugar, a recomendação do TCM/SP para restringir a participação das empresas distribuidoras e suas coligadas se deu naquele contexto específico da PPP de São Paulo e no momento da **modelagem do projeto,** ou seja, **antes da publicação daquele instrumento convocatório definitivo divulgado pelo Município de São Paulo.**

77. No presente caso, como já dito, não houve qualquer manifestação do TCE/RJ, Poder Judiciário, ou mesmo pelos interessados na Audiência e Consulta Pública neste sentido. Também não houve impugnação do edital nesse sentido. Trata-se apenas da pretensão do Recorrente de, neste momento pós disputa, de forma ardilosa, emplacar sua aventura jurídica, no sentido de haver uma limitação de participação por empresas relacionadas à distribuidora local.

78. Em terceiro lugar, a estruturação dos projetos de Angra dos Reis e de São Paulo possuem complexidades e estruturas de modelagem bastante distintas, a começar pelo tamanho do parque de iluminação pública, número de habitantes, pontos de luz e valor estimado ao contrato. Veja-se:

Característica	São Paulo	Angra dos Reis
Pontos	Aproximadamente 620.000	20.600
Investimentos previstos	R$7.238.400.000,00	R$ 81.241.704,00
Habitantes	11.253.503	169.511

79. Ainda nesse sentido, há diversos pontos da modelagem que os dois projetos se diferem. Um deles, por exemplo, é a falta do projeto em São Paulo no que se refere à previsão de um incentivo econômico para a concessionária prestadora dos serviços de iluminação pública em conseguir reduzir a conta de energia elétrica. Diferentemente, no modelo de Angra dos Reis é expressamente previsto um Bônus Sobre a Conta de Energia, remunerando o parceiro privado proporcionalmente pela economia energética proporcionada.

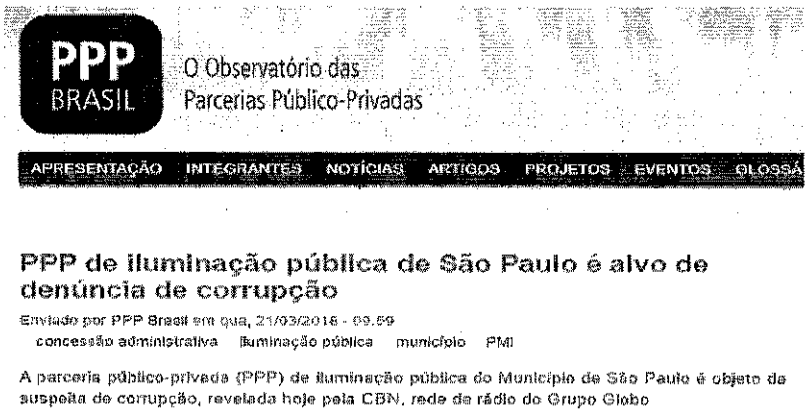
80. Isso sem dúvida inibe a ocorrência da suposta hipótese de conflito de interesse ventilada pelo Recorrente: apesar de ser parte do grupo econômico da distribuidora, não será interessante não investir na eficiência energética do parque, visto que perderá os incentivos econômicos correlatos. Tal situação será tratada com mais detalhes no tópico seguinte, em que serão discutidos os principais mecanismos contratuais existentes que impedem a configuração da suposta hipótese de conflito levantada pelo Recorrido.

81. Outro ponto importante que deve ser considerado é que o Município de São Paulo possui o maior parque de iluminação pública do país, na cidade mais populosa do Brasil, cujo valor estimado do contrato é de R$7.238.400.000,00 (sete bilhões, duzentos e trinta e oito milhões e quatrocentos mil reais). Naturalmente, a atratividade de um projeto dessa monta recai sobre um universo maior de potenciais investidores.

82. No entanto, a modelagem que prevaleceu e foi utilizada no Município restringiu significativamente a competitividade do certame, que contou com apenas 3 participantes, dos quais 2 foram inabilitados por critérios técnicos, restando apenas um único participante com proposta classificada – sendo que este não era o melhor preço.

83. Pois bem. No caso específico do Município de São Paulo tomando como parâmetro pelo Recorrente, o projeto da PPP foi extremamente conturbado e polêmico, com diversos questionamentos no âmbito do Poder Judiciário e do Controle Externo e marcado por denúncias de corrução e favorecimento a determinados grupos.

84. Conforme notícias a seguir, não trata obviamente de um exemplo a ser seguido:


PPP BRASIL O Observatório das Parcerias Público-Privadas

APRESENTAÇÃO INTEGRANTES NOTÍCIAS ARTIGOS PROJETOS EVENTOS GLOSSÁ

PPP de iluminação pública de São Paulo é alvo de denúncia de corrupção

Enviado por PPP Brasil em qua, 21/03/2018 - 09:59

concessão administrativa iluminação pública município PMI

A parceria público-privada (PPP) de iluminação pública do Município de São Paulo é objeto de suspeita de corrupção, revelada hoje pela CBN, rede de rádio do Grupo Globo

Buscar

Valor | Empresas

Justiça anula PPP da iluminação pública em São Paulo

Por Folhapress — São Paulo
12/12/2018 13h48 · Atualizado há um ano

SP tenta destravar edital bilionário de iluminação

Após quatro anos e decisões judiciais que suspenderam processo, prefeitura deve assinar PPP da iluminação, no valor de R$ 6,9 bilhões

Paula Reverbel, O Estado de S.Paulo
02 de janeiro de 2020 | 05h00

DESTAQUES EM *POLÍTICA*

Cotado para a cadeira de Alckmin no

SÃO PAULO

Doria demite diretora do Ilume após áudio indicar possível recebimento de propina de empresa vencedora de PPP

Denise Abreu conversa com secretária pessoal sobre repasse de dinheiro da FM Rodrigues. Ela também diz que dois secretários de Doria recebem propina da Eletropaulo.

Por Tatiana Santiago, G1 SP — São Paulo
24/09/2018 19h16 · Atualizado há 2 anos

Superior Tribunal de Justiça resgata PPP da iluminação pública de São Paulo

Liminar vai contra entendimento do TJ-SP que havia anulado disputa por contrato de R$ 7 bi

MENU AO VIVO CBN

QUARTA, 28/03/2018, 11:53

Política

Presidente do TCM determina que Prefeitura de São Paulo avalie anular contrato da PPP da iluminação

Áudios revelados pela CBN indicam pagamento de propina no contrato de R$ 7 bilhões com a FM Rodrigues.

DURAÇÃO 00:02:53

85. Independentemente das discussões concernentes à ocorrência de potenciais práticas de corrupção no sentido de direcionar a licitação para um único licitante, fato é que **a modelagem que ao final prevaleceu no Município de São Paulo restringiu por completo a competitividade do certame**.

86. Não à toa que, nos últimos anos, com o aumento do número de PPPs no setor de Iluminação Pública e do desenvolvimento e evolução das modelagens estruturadas pelos principais agentes que estruturam projetos no país, quais sejam, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ("BNDES"), a Caixa Econômica Federal ("CEF") e *International Finance Corporation* ("IFC"), **quase nenhum dos novos projetos contém qualquer tipo de restrição à participação de empresas relacionadas à distribuidora local**.

87. Conforme levantamento desses projetos, das 33 PPPs no setor de Iluminação Pública que chegaram até a fase de assinatura do contrato de concessão[27], apenas 2 possuíam cláusulas restritivas de participação de empresas que compõem o grupo

[27] Considerando como data base 17.06.2020.

econômico da distribuidora de energia: (i) o Município de São Paulo; e (ii) o Município de Caieiras, no interior do Estado de São Paulo.

88. Ou seja, em 93,5% dos projetos de PPP de Iluminação Pública que alcançaram a fase de assinatura, ou seja, que tiveram sucesso na fase de seleção, não houve restrição como a pretendida pelo Recorrente, justamente em razão de o risco subjetivo de um hipotético conflito de interesses decorrente da participação de empresas coligadas à distribuidora ser inferior ao benefício competitivo. Veja levantamento abaixo:

Edital	Consta cláusula de barreira contra distribuidora	Número de Empresas Participantes	Número de Licitantes
Iluminação Pública - Primeira Concessão (Município de São Paulo)	Sim	5	3
Iluminação Pública (Caieiras)	Sim	7	3
Gestão do Parque de Iluminação Pública (Caraguatatuba)	**Não**	5	n/d
Iluminação Pública (Açailândia)	**Não**	2	1
Iluminação Pública (Água Boa)	**Não**	2	2
Iluminação Pública (Água Branca)	**Não**	2	1
Iluminação Pública (Barra do Garças)	**Não**	5	2
Iluminação Pública (Barra do Piraí)	**Não**	1	1
Iluminação Pública (Belo Horizonte)	**Não**	8	2

Iluminação Pública (Campo Maior)	**Não**	2	1
Iluminação Pública (Carmo do Cajuru)	**Não**	3	1
Iluminação Pública (Cuiabá)	**Não**	6	2
Iluminação Pública (Dom Eliseu)	**Não**	3	1
Iluminação Pública (Goianésia do Pará)	**Não**	1	1
Iluminação Pública (Guaratuba)	**Não**	1	1
Iluminação Pública (Hortolândia)	**Não**	12	3
Iluminação Pública (Marabá)	**Não**	6	2
Iluminação Pública (Mauá)	**Não**	3	1
Iluminação Pública (Miguel Pereira)	**Não**	n/d	3
Iluminação Pública (Município do Rio de Janeiro)	**Não**	9	3
Iluminação Pública (Palhoça)	**Não**	6	4
Iluminação Pública (Porto)	**Não**	n/d	n/d
Iluminação Pública (Ribeirão das Neves)	**Não**	10	5
Iluminação Pública (Santo Amaro)	**Não**	2	1
Iluminação Pública (Timbó)	**Não**	1	1
Iluminação Pública (Tomé-Açu)	**Não**	n/d	n/d

Iluminação Pública (Uberaba)	**Não**	20	6
Iluminação Pública (Uberlândia)	**Não**	30	11
Iluminação Pública (Urânia)	**Não**	1	1
Parque de Iluminação Pública Inteligente (Guarapuava)	**Não**	7	3
Sistema de Iluminação Pública (Manaus)	**Não**	3	2
Iluminação Pública (São João de Meriti)	**n/d**	1	1
Iluminação Pública (São José de Ribamar)	**n/d**	2	1
Iluminação Pública (Ibirité)	**Não**	16	7

89. Os dados acima demonstram que a modelagem do Edital da Concorrência Município de Angra dos Reis, ao permitir a participação de sociedades coligadas da concessionária distribuidora de energia local, é bastante comum no mercado de concessões de parcerias público privadas de iluminação pública.

90. O Edital refletiu a prática dominante, que vem se consolidando, fruto do avanço dos estudos de modelagem no setor de iluminação pública e da experimentação de melhores formas de se obter um bom resultado para o poder público: **ampliação da competitividade do certame em prol da busca da melhor proposta**, objetivo último do processo licitatório.

91. Na verdade, a partir da análise das informações trazidas acima, a conclusão é outra: a suposta "regra" de vedação que o Recorrente tenta agora emplacar só foi adotada em apenas 2 das 33 PPPs colacionadas acima, demonstrando não se tratar de uma medida comum ou adequada e, evidenciando, ainda, que o **modelo apresentado em São Paulo e trazido pelo Recorrente, já se encontra há muito tempo ultrapassado.**

92. Cumpre destacar que tal levantamento considerou apenas as PPPs que já se encontram com o contrato de concessão devidamente assinado. Se considerarmos outros projetos que ainda não chegaram a tal fase, por exemplo, o resultado seria ainda maior.

93. Veja o caso dos Editais de Teresina, Porto Alegre, Feira de Santana Vila Velha, publicados, assim como também o de Macapá e Nova Lima, que se encontram em fase de consulta pública. Em nenhum deles existe tal vedação de participação às empresas relacionadas às distribuidoras locais.

94. Além disso, cumpre ressaltar que além e depois do caso de São Paulo, outras Cortes de Contas apreciaram os instrumentos convocatórios das concorrências de PPPs de iluminação pública sem tal cláusula de vedação. Nessas as oportunidades **concluíram pela legalidade das condições de participação ali expostas**, dentre eles o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TC 040/000907/2019[28]) e o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE-MG)[29].

95. Diante de todos esses exemplos e aprovações de outras cortes de contas locais, inclusive mais recentes, qual seria a razão que o precedente trazido pelo Recorrente devesse prevalecer? A resposta é simples: nenhuma. Ou seja, a atuação do TCM no caso específico de São Paulo visou endereçar uma questão específica do projeto do referido Município, considerando o contexto fático, político e econômico em que foi entabulado e estruturado, que como vimos já foi ultrapassado, não servindo de modelo.

96. Importante notar, como explicado no tópico anterior, a inclusão de tal vedação seria hoje facilmente uma limitação à competitividade do certame nos termos do art. 3°, §1°, I da Lei 8.666/93, não sendo um estipulação orientada para selecionar a proposta mais vantajosa, mas sim beneficiar ou prejudicar alguns particulares.

97. No caso, foram respeitadas as exigências de participação previstas no Edital e o Consórcio Requerido apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Desse modo, considerando as lições da melhor doutrina, as disposições legais aplicáveis, qualquer modificação de entendimento quanto à possibilidade de participação será ilícita, violando o caráter competitivo da licitação e as regras do próprio certame.

98. Assim, é certo que o precedente do TCM/SP não se aplica ao caso concreto, sendo que o Município de Angra do Reis acertadamente optou por não restringir a participação de empresas coligadas à distribuidora local, almejando ampliar a competitividade da disputa de modo a atrair o melhor preço, **no que logrou êxito**. Tal premissa, não poderá ser modificada no atual momento em que se encontra o procedimento licitatório.

99. Demonstrada a impertinência do único precedente trazido pelo Recorrente para calcar sua pretensão, visto que foi incapaz de invocar dispositivos do Edital ou da Lei que vedariam a participação da Enel X no presente certame, adiante será demonstrada a impossibilidade da configuração das hipóteses de conflitos de interesses mencionadas.

---

[28] https://prefeitura.rio/rioluz/tcm-autoriza-ppp-da-iluminacao-publica-que-vai-modernizar-450-pontos-de-luz-no-rio/

[29] http://www.uberaba.mg.gov.br/portal/conteudo,45428

III.3. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE CONFLITO DE INTERESSE NA PRÁTICA.

100. Superada as razões pelas quais as regras de condição de participação no certame não poderão ser alteradas, para fins de maior elucidação da matéria, passa-se a demonstrar, em detalhes, a impossibilidade de configuração de conflito de interesse, tendo em vista os diversos mecanismos de controle: (i) regulatório; (ii) contratual; e (iii) societário.

III.3.1. A REGULAÇÃO DO SETOR. DESVERTICALIZAÇÃO E CONTROLE DA ANEEL SOBRE PARTES RELACIONADAS.

101. O próprio Recorrente cita em seu recurso que a reforma do setor elétrico introduzida pela conversão da MP 144/2003 na Lei no. 10.848/2004 criou o que alguns chamam de "Novo Modelo" e outros de "Novíssimo Modelo" do Setor Elétrico Brasileiro. Essa modificação determinou a necessária segregação das atividades relacionadas ao serviço público de distribuição de energia elétrica de qualquer outra atividade econômica.

102. A finalidade do Novo Modelo foi introduzir competição na oferta no atacado de energia elétrica e ao mesmo tempo regular as tarifas do serviço de distribuição de energia elétrica no varejo, buscando ao mesmo tempo incentivar o aumento da oferta de energia nova e assegurar modicidade tarifária.

103. Esse modelo era e é incompatível com situações até então existentes de integração vertical dentro da mesma pessoa jurídica das atividades de geração e distribuição, entre outras atividades até então frequentemente desenvolvidas por empresas do setor dentro uma mesma pessoa jurídica (como transmissão, comercialização e até atividades de telecomunicações). Para alcançar tais objetivos, as distribuidoras foram proibidas de desenvolver qualquer outra atividade que não o próprio serviço público de distribuição, sendo vedada inclusive a participação em outras sociedades. Adicionalmente, ficou estabelecido que as concessionárias de distribuição somente poderiam adquirir energia para atender os seus respectivos mercados por meio de leilões promovidos de tempos em tempos pela ANEEL.

104. Além de promover os processos periódicos de revisão tarifárias das concessionárias de distribuição, a ANEEL também é incumbida da fiscalização e controle de contratos celebrados entre concessionárias de distribuição e suas partes relacionadas com vistas a assegurar a sua adesão a condições de mercado nos termos da Resolução Normativa ANEEL no. 699 editada em 1 de fevereiro de 2016. Ressalve-se, no entanto, que a concessionária do serviço de iluminação pública sequer será contratante ou fornecedora de qualquer produto ou serviço da concessionária de distribuição que pudesse

se enquadrar no âmbito de referida norma, tamanha é a distinção das atividades de uma e outra no desempenho de suas respectivas atividades em Angra dos Reis.

105. E importante destacar que a ANEEL fixa tarifas teto por faixa de consumo. A Ampla Energia teve seu último processo de revisão ordinária de tarifa concluído em 2018, e teve revisão extraordinária e reajuste em 2019 e reajuste aprovado em 2020, conforme informações facilmente acessíveis em https://www.aneel.gov.br/resultado-dos-processos-tarifarios-de-distribuicao.

106. Note que há uma classe de consumo específica para atendimento do serviço de iluminação pública, que é subsidiada em relação às tarifas praticadas para as demais classes de consumo (exceto baixa renda residencial). Como se depreende da análise da Resolução Homologatória no. 2.666, adotada pela ANEEL em 10 de março de 2020, a tarifa B4a atualmente em vigor para Ampla Energia são conforme tabela abaixo:

	Tarifas de Aplicação (R$/MWh)		Tarifas Base Econômica (R$/MWh)	
	TUSD	TE	TUSD	TE
B4a (rede de distribuição	227,04	148,97	219,11	134,22

107. Com relação às condições do fornecimento da energia que é fornecida pela Ampla Energia ao Município de Angra dos Reis para atendimento da carga do parque de iluminação pública – e chamamos atenção para o fato de que isso é e será verdade independentemente de quem seja operador dos serviços de iluminação pública à época do fornecimento –, este deverá atender especificamente às condições estabelecidas pela Resolução Normativa no. 414, adotada pela ANEEL em 9 de setembro de 2010. Esta norma estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica pelas concessionárias de distribuição, e inclui as condições para o atendimento das cargas dos parques de iluminação pública. Dentre outras, vale destacar a obrigação de tratamento isonômico veiculada pelo artigo 139 da citada resolução: "***Art. 139. A distribuidora deverá observar o princípio da isonomia nas relações com os consumidores.***"

108. A própria ANEEL, no desempenho de suas atribuições ordinárias, tem acesso a dados de qualidade no fornecimento de energia com base em dados enviados periodicamente pelas concessionárias de distribuição (incluindo dados sobre qualidade, desempenho, falta de energia, entre outros), e poder de aplicar sanções por não atingimento de metas de qualidade estabelecidas em contrato de concessão; vale dizer: as concessionárias de distribuição estão sujeitas a fiscalização rigorosa pelo regulador. Ademais, os contratos de concessão de distribuição contém, inclusive, obrigações de investimento de parte de sua receita operacional líquida em ações que tenham por objetivo o uso racional da energia elétrica[30]; a eficientização do parque de iluminação pública com

[30] https://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=27&idPerfil=2

consumo eficiente está em harmonia com essa obrigação e, portanto, no interesse da concessionária de distribuição.

109. Como se depreende da análise do arcabouço regulatório acima apontado e brevemente descrito, nota-se que não há espaço para interferência de qualquer interesse particular do grupo a que pertence a Enel X na relação de fornecimento de energia elétrica entre a Ampla Energia e o Município de Angra dos Reis; independentemente de quem seja a concessionária do serviço de iluminação pública naquele município (seja ele o consórcio liderado pela Enel X, ou qualquer outro) a energia a ser fornecida deverá obedecer os termos da REN ANEEL 414/2010, e será comercializada aos preços vigentes conforme homologados de tempos em tempos pela ANEEL para a tarifa B4a.

110. Frise-se, ainda, que a partir da implantação dos sistemas de telegestão que permitirão a medição automática da carga do parque – e de sua redução como resultado de projetados investimentos em eficientização – aplicar-se-ão as regras detalhadas e pormenorizadas no Manual de Instruções do Art. 26 da REN nº 414/2010, aprovado pelo Despacho ANEEL nº 368, publicado em 11 de fevereiro de 2020. Essas regras vinculam tanto municípios como concessionárias de distribuição e, inclusive, facultam às distribuidoras instalar equipamentos de medição próprios nos pontos de conexão das luminárias com controle automático de carga[31].

111. Isso significa que além de sujeito a regramento e controle minucioso, o processo de medição de faturamento da energia B4a fornecida por concessionária de serviço público de distribuição a município para fins de atendimento da carga do parque de iluminação pública que conte com meios automatizados de controle e redução de carga está sujeito a checagem e verificação não só pelo município e seus prepostos, mas também pela própria concessionária de energia.

112. De outro lado, como também trouxe à baila o próprio Recorrente, a concessionária de iluminação pública estará sujeita a contrato que prevê um sistema detalhado de incentivos econômicos para o atingimento das metas contratuais de investimento em eficientização e adoção de outras medidas (inclusive de gestão) associadas à redução da carga do parque – vide transcrição do Caderno de Encargos (Anexo V do Contrato) que constou das páginas 8 e 9 do Recurso. Vale dizer que o interesse da concessionária do serviço de iluminação pública (que incluirá não só os interesses da Enel X, mas também os da Selt e da Mobit como detalhado na discussão sobre governança) será o de maximizar o seu próprio resultado por meio da adoção de todas as medidas necessárias ao cumprimento das metas de (i) modernização e eficientização dos pontos de iluminação pública, (ii) redução total da carga instalada, e (iii) implantação da telegestão em pontos de iluminação pública.

---

[31] Manual de Instruções do Art.26 da REN nº 414/2010 (...) "*2.4 A distribuidora pode, com fundamento no art. 72 e seguintes da REN nº 414/2010, instalar medição própria nos pontos de conexão das luminárias com dispositivos de controle de carga, de modo a considerar o funcionamento de tal sistema no faturamento.*"

113. Se não pela finalidade inerente à atividade empresarial – a busca do lucro –, a concessionária de iluminação estará incentivada a cumprir fiel e tempestivamente suas obrigações decorrentes do contrato de concessão também por receio de submeter-se ao extenso leque de multas e penalidades associadas ao seu descumprimento, que podem culminar com a perda do contrato.

114. Não há, portanto, como se conceber, sob a ótica desses arcabouços legais e contratuais, a prevalência ou sequer a influência, de qualquer interesse da concessionária de distribuição de energia elétrica sobre as atividades da concessionária de iluminação pública e pública e vice-versa; cada qual tem e/ou terá sua conduta regulada por contratos de concessão e por normas e regulamentos detalhados conforme detalhado acima.

115. Nada mais absurdo, falacioso e contraditório, portanto, que a linha argumentativa do Recorrente no sentido de que a concessionária de iluminação pública terá incentivos para guiar sua conduta na execução do contrato de concessão de modo a favorecer a concessionária de distribuição de energia.

116. De mais a mais, ainda que não houvesse mecanismos legais, regulatórios e contratuais acima descritos capazes de inibir qualquer atuação de partes relacionadas em situação hipotética de conflito de interesses, é fundamental deixar clara a absoluta inexistência de incentivo econômico para aumento da carga atendida pela distribuidora no mercado B4a (ou em qualquer outro mercado para). Explico: a distribuidora é remunerada por sua base de ativos regulatórios (capital) e não pela margem sobre o volume de energia distribuída[32]; não há aumento do lucro em função do aumento ou redução da carga em seus mercados, já que as tarifas pagas pelos consumidores integram a chamada "Parcela A" que remunera diretamente os geradores. Não há, portanto, incentivo econômico para qualquer atuação da distribuidora ou da concessionária de iluminação pública que seja contrária às respectivas obrigações contratuais para buscar aumento da carga atendida na faixa B4a no Município de Angra dos Reis em detrimento a investimentos em eficiência energética.

III.3.4. A MODELAGEM DO CONTRATO DE CONCESSÃO. A FIGURA DO VERIFICADOR INDEPENDENTE, A ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO E PENALIDADES CONTRATUAIS.

117. Além da robusta regulação do setor elétrico demonstrada no tópico anterior, o próprio Contrato de Concessão e seus anexos apresentam diversos mecanismos que não permitem, ou no mínimo mitigam de forma considerável, a aparição de conflitos de interesses durante a execução contratual.

---

[32] Vide Cláusula Sexta do Contrato de Concessão no 005/1996-ANEEL, conforme consolidado pelo seu sexto aditivo, celebrado em de 14 de março de 2017, disponível em https://www.aneel.gov.br/documents/10184//16599019//Sexto_Aditivo_005_1996_AMPLA.pdf

118. De acordo com a lógica superficial e tendenciosa do Recorrente, a Ampla e a futura concessionária de iluminação pública (SPE) teriam interesses opostos: (i) a Ampla quer vender mais energia elétrica aos Municípios, ao passo que (ii) a futura concessionária dos serviços de iluminação pública almeja economizar energia. Assim, entende o Recorrente que o interesse da Ampla sobressairia aos interesses da futura concessionária, o que ocasionaria no descumprimento contratual da SPE em diversas frentes.

119. Ocorre que tal cenário seria muito difícil de se configurar na prática, na medida em que a própria modelagem da PPP coloca em favor do Município uma série de armas e incentivos que dificultariam, em muito, a ocorrência das absurdas hipóteses aventadas pelos Recorrente.

120. Em primeiro lugar, o Município contará com a figura do Verificador Independente, disciplinado nos termos da Cláusula 25 do Contrato de Concessão, que auxiliará o Município na fiscalização do Contrato, avaliando o intricado Sistema de Mensuração de Desempenho do Contrato e acompanhando de perto o cumprimento de suas demais obrigações.

121. Caso ocorra qualquer uma das hipóteses aventadas pelo Recorrente, sem sombra de dúvida o Verificador Independente irá aponta-las ao Poder Concedente que irá tomar os remédios contratuais cabíveis.

122. Dentre esses remédios, o primeiro deles é o Sistema de Mensuração de Desempenho previsto no Contrato e detalhado em seu Anexo 8. Há uma série de fatores de desempenho e qualidade que acompanham o atingimento pelo concessionário do nível esperado de investimentos e cumprimento das obrigações contratuais.

123. Caso tais índices não sejam atingidos, a primeira consequência será a redução do valor de Contraprestação Máxima que o concessionário terá para receber, nos termos e cálculos previstos no Anexo 10 do Contrato, o que faz com que, além de todos os fatores já expostos anteriormente, tal mecanismo incentive o concessionário a realizar todas as obrigações contratuais, não havendo espaço paras as hipóteses ventiladas pelo Recorrente.

124. Além do Sistema de Mensuração de desempenho, caso mesmo assim o concessionário continue a descumprir o contrato e não cumprir com as metas de eficientização nele estipulada, há um rol extenso de multas contratuais descritos na Cláusula 45 do Contrato que estão ao dispor do Poder Concedente, caso situações de descumprimento se reiterem ao longo da execução contratual.

125. Cabe lembrar ainda, que se mesmo assim, se tais descumprimentos persistirem, o Poder Concedente pode intervir na execução do contrato (nas hipóteses previstas na

06

Cláusula 46 do Contrato de Concessão) como também rescindir o contrato instaurando processo de caducidade, havendo diversos mecanismos que possibilitam a saída do Poder Concedente de uma relação contatual desfavorável e contrária à prestação do serviço público que é sua finalidade.

126. Para além dos incentivos negativos apontados acima (diminuição do valor da contraprestação mensal, imposição de multas e eventual intervenção ou caducidade da concessão), o contrato ainda estipula um incentivo positivo para que a concessionária invista na eficientização do parque de iluminação pública: é o Bônus Sobre a Conta de Energia. (BCE) previsto na Cláusula 35 do Contrato e descrito no Anexo 10.

127. O BCE será calculado observando o consumo médio de energia elétrica por Ponto de Iluminação Pública faturado pela Empresa Distribuidora e a média de carga instalada inicial por Ponto de Iluminação Pública.

128. A diferença entre o consumo médio de carga faturado e a média de carga instalada será a base de cálculo do BCE que será adicionado à contraprestação da concessionária. Caso não haja diminuição da economia energética proporcionada pela implantação do novo parque de iluminação pública, a Concessionária não terá direito a essa remuneração a mais.

129. Vale lembrar que todo esse processo do cálculo do BCE é acompanhado e gerido pelo Verificador Independente — que irá auditar e fiscalizar a veracidade das informações prestadas pela Concessionária, o que garantirá maior lisura e objetividade ao processo, inibindo as hipóteses de descumprimento contratual e conflito de interesses aventadas.

130. Portanto, resta evidenciado que há uma infinidade de remédios contratuais à mão do Poder Concedente que poderão ser utilizados para evitar as situações levantadas pelo Recorrente, sendo também muito pouco provável que a Enel X decida "*beneficiar*" a distribuidora e não enfrente as consequências contratuais (e econômicas) de tal mister: (I) diminuição do valor da contraprestação mensal; (ii) pagamentos de elevadas multas contratuais e (III) se submeter a um processo de intervenção e caducidade do contrato de concessão.

131. Além disso, o Recorrente aventa, de maneira superficial, aventa que haveria a possibilidade da concessionária não realizar atividades relacionadas à concessão, como a chamada implantação do sistema de *Smart Cities* (Cidade Inteligente), preferindo fazer tal atividade por meio da rede elétrica disponível à Distribuidora.

132. Em primeiro lugar, tal situação é inverídica porque muito dificilmente tal atividade não seria realizada pela própria concessionária de iluminação pública local, na forma estabelecida na Cláusula 27 do Contrato. Ainda assumindo que tal premissa seja verdade, o que se admite apenas para fins de debate, importante mencionar que o próprio

contrato de concessão permite que o Poder Concedente assuma a exploração de atividade relacionada, caso a concessionária opte por não realiza-la, basta verificar o que prevê as cláusulas 27.2 e seguintes do Contrato de Concessão — não havendo possibilidade que o Município seja prejudicado caso essa absurda hipótese ocorra na prática.

133. Definitivamente, como vimos, o próprio contrato de concessão estabelece diversos mecanismos que inibem e desincentivam as hipóteses de conflito de interesses criadas pelo Recorrente.

134. Contudo, não é só isso, ainda há diversos controles societários presentes tanto no âmbito do Grupo Enel, quanto no âmbito da SPE que será a futura concessionária que serão demonstrados a seguir.

III.3.4. CONTROLES SOCIETÁRIOS APLICÁVEIS

135. Além dos controles relacionados ao ambiente regulatório do setor elétrico e os mecanismo contratuais pertinentes ao caso, ainda existem questões de ordem societária, inclusive advindas do regime jurídico da Lei n.º 6.404 de 1976 (" Lei das Sociedades por Ações), das quais tanto a Ampla quanto a Enel X e a futura Sociedade de Propósito Específico se subordinam, que impedem e dificultam a configuração de conflito de interesses na prática.

136. É importante notar que a Ampla e a Enel X são **pessoas jurídicas distintas**, com patrimônio e núcleo decisório autônomos, e que possuem órgãos administrativos independentes, compostos por membros distintos, sem vinculação do processo decisório entre eles.

137. Cada uma das entidades possui, portanto, o seu próprio procedimento para tomada de decisão, que deve respeitar as alçadas de deliberação e as normas estabelecidas nos respectivos estatutos sociais.

138. A Enel X é administrada **por dois diretores**, enquanto a Ampla possui um conselho de administração, composto por até sete membros titulares e sete membros suplentes, bem como uma diretoria, composta por até doze membros. Tais órgãos de administração possuem, no limite de suas competências, autonomia para conduzir os negócios da Ampla e da Enel X **buscando sempre o melhor interesse de cada uma das entidades.**

139. Cada membro dos órgãos administrativos da Ampla e da Enel X deve, por força do art. 155 da Lei das Sociedades por Ações, **atuar com lealdade à entidade da qual é administrador e manter reserva sobre os seus negócios.**

140. Além disso, o art. 155 prevê que é vedado ao administrador:

(i) usar, em benefício próprio ou de outrem, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
(ii) omitir-se no exercício ou proteção de direitos da entidade da qual é administrador; e
(iii) deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia visando à obtenção de vantagens para si ou para outrem.

141. Ademais, o art. 255 da Lei das Sociedades por Ações determina que os administradores não podem, em prejuízo da entidade que administram, **favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada**, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou tenham pagamento compensatório adequado, respondendo perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto no referido dispositivo legal.

142. Ou seja, não há sustentação a qualquer argumento de vinculação ou conflito de interesses no âmbito da administração da Ampla e da Enel X, tendo em vista:

(i) a clara autonomia dos órgãos administrativos e dos processos decisórios, bem como a independência de seus respectivos membros;
(ii) os deveres legais a que estão sujeitos os administradores de cada uma das entidades; e
(iii) que não há qualquer indício e não é possível pressupor que os administradores poderiam aturar de forma incongruente com as previsões legais.

143. Cumpre destacar ainda que, nos termos do Edital, a Enel X constituirá uma SPE e que tal SPE terá 51% das ações de titularidade das ações e os outros 49% serão de titularidade da Selt e Mobit

144. Como se sabe, a SPE será também uma pessoa jurídica autônoma, com patrimônio, estrutura administrativa e núcleo decisório próprios.

145. Nesse sentido, a constituição da SPE afasta ainda mais a possibilidade de vinculação ou conflito de interesses no âmbito da administração da Ampla e da Enel X, já que a Enel X deverá atuar nas atividades objeto do certame por meio do ente autônomo, constituído com as demais consorciadas, **deliberando em conjunto com estas sempre no melhor interesse da SPE., nos termos do que preconiza a Lei das Sociedades por Ações.**

146. Cumpre mencionar, ainda, que, se por um lado a Enel X participará da concessão de iluminação pública através de uma nova sociedade (SPE) a ser constituída, com outros

16

sócios, e com autonomia decisória, por outro lado, a concessionária de distribuição de energia é uma sociedade de capital aberto, listada em bolsa de valores, com participação de acionistas minoritários, a quem também deve prestar contas, e, portanto, fiscalizada não apenas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) no âmbito dos serviços públicos que presta, mas também, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no âmbito do mercado de capitais.

147. Portanto, restam fartamente demonstrados os controles societários aplicáveis e a difícil possibilidade de se incorrer em hipóteses de conflitos de interesses como deseja sustentar o Recorrente.

III.4. A DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOTA EXPLICATIVA AO BALANÇO DE SOCIEDADES LIMITADAS.

148. Por fim, como se não fosse o bastante, alega o Recorrente que o Consórcio Recorrido não teria atendido aos requisitos de habilitação econômico-financeira por não ter apresentado Notas Explicativas aos Balanços Patrimoniais das consorciadas Selt e Mobit, ambas sociedades limitadas.

149. Mais uma vez, trata-se de um argumento inverídico.

150. As sociedades limitadas regem-se pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 ("Código Civil"), segundo a qual "*ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.*"[33].

151. Adicionalmente, os artigos 1.179 a 1.195 do Código Civil dispõem sobre as normas de escrituração dos livros contábeis e, especificamente, do balanço patrimonial e do resultado econômico das sociedades limitadas.

152. Ainda, o artigo 1.053 da mesma lei prevê que "*a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.*". E, ainda, que "*o contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.*"[34].

153. O Recorrente alega o descumprimento pelas sociedades Selt e Mobit do artigo 176[35] da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ("Lei das Sociedades por Ações"). Tal

---

[33] Artigo 1.065 do Código Civil

[34] Parágrafo único do Artigo 1.053 do Código Civil

[35] Art. 176, "*Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: I - balanço patrimonial; II - demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; III - demonstração do resultado do exercício; e IV – demonstração dos fluxos de caixa; e V – se companhia aberta, demonstração do valor adicionado. § 1º As demonstrações*

artigo tem por finalidade orientar a elaboração das demonstrações financeiras pelas sociedades anônimas e equiparadas, matéria já regulada pelo Código Civil, no artigo 1.065, como visto acima.

154. **Ora, se a matéria já está regulada no Código Civil, não há que se falar, pois, em omissão da lei aplicável ou, sequer, em aplicação suplementar da Lei das Sociedades por Ações.** Tem-se um caso claro de especialidade da norma, quando se trata do assunto em questão.

155. Ainda, cumpre observar, conforme se verifica pelas informações constantes dos Balanços Patrimoniais apresentados no âmbito da habilitação, a Selt e a Mobit **não são classificadas como sociedade de grande porte**[36], o que poderia ensejar sua equiparação às sociedades anônimas para fins de tratamento do balanço patrimonial, nos termos da Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007[37].

156. Ante o exposto, resta evidente que não há qualquer obrigatoriedade na apresentação de notas explicativas ao balanço patrimonial de sociedades limitadas que

---

de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior. § 2º Nas demonstrações, as contas semelhantes poderão ser agrupadas; os pequenos saldos poderão ser agregados, desde que indicada a sua natureza e não ultrapassem 0,1 (um décimo) do valor do respectivo grupo de contas; mas é vedada a utilização de designações genéricas, como "diversas contas" ou "contas-correntes". § 3º As demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros segundo a proposta dos órgãos da administração, no pressuposto de sua aprovação pela assembléia-geral. § 4º As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício. § 5º As notas explicativas devem: I – apresentar informações sobre a base de preparação das demonstrações financeiras e das práticas contábeis específicas selecionadas e aplicadas para negócios e eventos significativos; II – divulgar as informações exigidas pelas práticas contábeis adotadas no Brasil que não estejam apresentadas em nenhuma outra parte das demonstrações financeiras; III – fornecer informações adicionais não indicadas nas próprias demonstrações financeiras e consideradas necessárias para uma apresentação adequada; eIV – indicar: a) os principais critérios de avaliação dos elementos patrimoniais, especialmente estoques, dos cálculos de depreciação, amortização e exaustão, de constituição de provisões para encargos ou riscos, e dos ajustes para atender a perdas prováveis na realização de elementos do ativo; b) os investimentos em outras sociedades, quando relevantes (art. 247, parágrafo único); c) o aumento de valor de elementos do ativo resultante de novas avaliações (art. 182, § 3o); d) os ônus reais constituídos sobre elementos do ativo, as garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingentes; e) a taxa de juros, as datas de vencimento e as garantias das obrigações a longo prazo; f) o número, espécies e classes das ações do capital social; g) as opções de compra de ações outorgadas e exercidas no exercício; h) os ajustes de exercícios anteriores (art. 186, § 1o); e i) os eventos subsequentes à data de encerramento do exercício que tenham, ou possam vir a ter, efeito relevante sobre a situação financeira e os resultados futuros da companhia. § 6o A companhia fechada com patrimônio líquido, na data do balanço, inferior a R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) não será obrigada à elaboração e publicação da demonstração dos fluxos de caixa. § 7o A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu critério, disciplinar de forma diversa o registro de que trata o § 3o deste artigo."

[36] *Art. 3º, Parágrafo único, Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007: "Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)."*

[37] Art. 3º, Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007: "*Aplicam-se às sociedades **de grande porte**, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.*" (g.n)

não são classificadas como sociedades de grade porte, como é o caso das consorciadas Selt e Mobit.

157. Ademais, não há sequer no Edital disposição expressa quanto à necessidade de apresentação de notas explicativas aos balanços financeiros, veja-se, pela pertinência, a redação da cláusula editalícia:

> *"13.3.2. (iii) Apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social exigido na forma da lei, devidamente registrados perante o órgão de registro competente e, nos casos exigidos pela legislação brasileira, auditados por empresa de auditoria independente regulamente registrada nos órgãos competentes, sendo vedada a apresentação de balancetes ou balanços provisórios".*

158. Como se sabe, a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis servem para que a CPL possa confirmar a capacidade financeira da proponente em executar os serviços licitados, o que efetivamente pode ser auferido com a documentação que foi apresentada pelo Consórcio Requerido, sobretudo pela Selt e Mobit.

159. Ora, o Edital previu como requisito de qualificação econômico-financeira a aferição de patrimônio líquido mínimo das licitantes. Em caso de Consórcio, era necessário confirmar que a soma do patrimônio líquido de cada uma das consorciadas proporcional às suas participações seria de no mínimo de R$ 893.658,70 (oitocentos e noventa e três mil, seiscentos e cinquenta e oito reais e setenta centavos).

160. Somente com o percentual do patrimônio líquido da consorciada Enel X já se superava, em muito, tal valor mínimo.

161. Mesmo assim, a informação do patrimônio líquido da Selt (fl. 373 dos Documentos de Habilitação do Consórcio Luz de Angra) e Mobit (fl. 354 dos Documentos de Habilitação do Consórcio Luz de Angra) estavam consignadas de maneira clara nos balanços apresentados — que foram aprovados pelos órgãos societários correspondentes e arquivados nas respectivas juntas comerciais. Além disso, foram objeto de escrituração digital via SPED, tudo dentro da lei e apresentados na forma preconizada no Edital.

162. Portanto, ao analisar a documentação referente ao balanço de todas as consorciadas que compõem o Consórcio Recorrido, a CPL não teve nenhuma dúvida a respeito das informações ali contidas ou da capacidade financeira do Recorrido.

163. Caso estivesse, nada impediria que utilizasse de seu poder-dever de diligência, instituído pelo artigo 43, §3° da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e buscasse

6

complementar a documentação trazida com informações adicionais que permitissem à CPL sanar eventuais dúvidas.

164. Como se sabe, a fase de habilitação nada mais é do que o instrumento que presta à consecução da finalidade da licitação que não visa analisar minucias e detalhes estritamente formais na documentação apresentada pelos licitantes – o objetivo, na verdade, é permitir que a Administração verifique se a proponente reúne capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira para atender à finalidade da Licitação.

165. Pela pertinência, vejam os ensinamentos de Marçal Justen Filho, de extrema valia para a compreensão do tema:

> *"A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários e a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei. Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e sua proposta é satisfatória e vantajosa.*
> *Portanto,* ***deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital.*** ***Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta.***
> *Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação".* (g.n.)

166. Fosse o caso, o que se admite apenas hipoteticamente, a CPL poderia ter tranquilamente realizado diligência a fim de sanar eventual obscuridade na documentação apresentada. Nesse mesmo sentido, já pronunciou o Tribunal de Contas da União:

> *"É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação* ***entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante*** *e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3°, da Lei .666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. "*[38]

> *"Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do* ***certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração.*** *(art. 43, § 3°, da Lei 8.666/1993)".*[39]

[38] TCU, Acórdão 1795/2015 — Plenário, Rel. José Mucio Monteiro, 22/0 /2015.
[39] TCU, Acórdão 3418/2014 — Plenário, Rel. Marcos Bemquerer, 03/12/2014.

167. No entanto, **esse sequer foi o caso**. Os balanços apresentados, mesmo que desacompanhados das notas explicativas das consorciadas Selt e Mobit, visto não ser a elas legalmente exigido, como vimos, **foram suficientes para comprovar a boa situação financeira das consorciadas, inexistindo qualquer violação ao Edital.**

168. Exatamente neste sentido são os apontamentos da jurisprudência pátria, a respeito do **caráter prescindível** das notas explicativas nos balanços patrimoniais para fins licitatórios: Veja:

> *"O § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93 veda apenas a juntada de novos documentos caso estes sejam de apresentação obrigatória na proposta original.* ***Não é o caso dos autos, pois ausente no edital da concorrência a exigência de apresentação das notas explicativas, as quais não são parte indissociável das demonstrações contábeis****. - Ainda que a própria agravada tenha admitido inconsistências em seu balanço patrimonial, após a juntada de documentos, em diligência permitida pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93,* ***evidencia-se que não houve alteração da capacidade econômica da agravada: antes e após, os índices exigidos para demonstração de situação econômica satisfatória estão preenchidos****. E as notas explicativas* ***foram, após requeridas, juntadas****. SENTENÇA PARCIALMENTE DESCONSTITUÍDA EM REEXAME NECESSÁRIO; APELOS DESPROVIDOS."*[40]

> *"Verifica-se que* ***o instrumento convocatório sequer menciona que a apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis deveria se dar na forma da Resolução n. 1.185 do Conselho Federal de Contabilidade, ou mesmo na forma das normas técnicas do CFC****, limitando-se, pois, a estabelecer que somente o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis deveriam ser apresentados "na forma da lei", o que, a toda evidência, não abarca normas técnicas mencionadas (que são meros atos normativos infra-legais editados por conselho de classe).*
> *(...)* ***Dito isso, cumpre destacar que um dos princípios do processo licitatório é justamente o da vinculação ao instrumento convocatório que também possui aplicação direcionada à Administração Pública. (...) Portanto, não se apresenta razoável e proporcional o excesso de formalismo no que tange à exigência de apresentação das "notas explicativas", mesmo porque tal documento contábil não tem o condão de demonstrar a qualificação econômico-financeira das empresas, limitando-se ao revés, a simplesmente esclarecer a forma de realização do balanço patrimonial".***[41]

169. Assim, na absurda perspectiva do Recorrente, o Recorrido deveria ser inabilitado por uma questão não prevista no Edital, sem fundamentação legal e, em última instância,

---

[40] MS nº 0342180-89.2016.8.21.7000, TJRS.
[41] Mandado de Segurança nº 0001164-86.2015.8.24.0080 – TJSC, 13.04.2015.

uma afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e uma chancela ao formalismo exacerbado e despropositado que de forma alguma pode ser admitido. Vide precedentes do STJ:

> *"DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO,* ***FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS*** *E DE* ***EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO.*** *POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO (STF - MS 5418/DF)".ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8.666/93. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO VERIFICADO. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.*
>
> *1. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41).2. A recorrida não violou o edital, tampouco a regra legal do art. 41 da Lei 8.666/93, porquanto compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes às 8h31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (cinco minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não recebimento da documentação e da proposta.* ***3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).*** *4. Recurso especial desprovido."* [42]

170. Diante do exposto, todas as alegações do Recorrente não merecem prosperar, motivo pelo qual requer o não provimento do presente recurso.

[42] STJ, REsp 797179/MT. Rel. Ministra Denise arruda j. 19.10.2006.

16

IV. CONCLUSÃO.

171. Diante do exposto, impugnados em sua totalidade todos os argumentos do Recorrente, o Consórcio Recorrido pede e espera o **NÃO PROVIMENTO** do presente Recurso para que seja **MANTIDA a habilitação do Consórcio Luz de Angra**.

Angra dos Reis, 23 de junho de 2020.

CONSÓRCIO LUZ DE ANGRA
Enel X