



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

Assunto: EMAE. Proposta de participação da empresa no Programa Estadual Ilumina São Paulo para gestão associada do serviço de iluminação pública nos municípios do Estado de São Paulo. Desnecessidade de submeter à análise do CGPPP as parcerias a serem formadas nos termos da Lei nº 14.150/10. Convênios de cooperação. Requisitos. Contrato de programa e a pertinência para sua execução através da EMAE. Proposta de retorno dos autos para elaboração de minutas a serem apreciadas pela Consultoria Jurídica da pasta e Assessoria Jurídica do Governo, caso seja de interesse do Senhor Governador do Estado a implementação do programa mencionado. Observações.

Senhora Procuradora do Estado Coordenadora,

1. Vêm os autos a esta Coordenadoria de Empresas e Fundações para análise do "Programa Estadual Ilumina São Paulo" que apresenta uma proposta de gestão associada do serviço de iluminação pública nos municípios do Estado de São Paulo.

2. Em linhas gerais, o programa pretende que o Estado firme convênios de cooperação com municípios interessados na gestão associada do serviço de iluminação pública, cuja execução será regulada por contratos de programa firmados entre a Empresa Metropolitana de Águas e Energia – EMAE, ou sua subsidiária, ou ainda por meio de

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAЕ

empresas das quais participe majoritariamente ou minoritariamente, e município interessado no projeto.

3. A proposta decorre de estudos e pesquisas em projetos de eficiência energética na busca pela melhoria da qualidade de vida dos cidadãos paulistas, bem como do aumento de receita financeira da estatal.

4. O projeto ora analisado tem relação com as Resoluções ANEEL nº 414/10, que atualizou e consolidou as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, e nº 480/12, que, reafirmando a competência dos municípios para organização e prestação dos serviços de iluminação pública, regulamentou os procedimentos a serem adotados pelas concessionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica no processo de transferência do sistema de iluminação pública ao Poder Público Municipal.

5. Além de solicitar a análise das formas e procedimentos necessários para que a EMAЕ ou suas subsidiárias executem o serviço de iluminação pública nos municípios paulistas, conclui o ofício com a seguinte indagação:

[...] considerando a natureza jurídica da EMAЕ, e a participação majoritária do Estado em seu capital social, há a necessidade de submeter toda e qualquer parceria da EMAЕ à análise do Conselho Gestor de Parcerias Público-Privada (CGPPP), considerando não haver qualquer determinação legal nesse sentido, ou a Companhia tem autonomia para estabelecer as parcerias nos termos da referida Lei Estadual [Lei nº 14.150, de 23 de junho de 2010] e das demais normas jurídicas positivas incidentes, como fez, por exemplo, na criação da Sociedade de Propósito Específico Pirapora Energia S.A.?

Assinatura manuscrita em tinta preta no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº: 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

6. Para auxiliar a análise, a companhia juntou aos autos: (i) Estatuto Social da EMAE (fls. 04/15); (ii) exposição de motivos do projeto de lei que deu origem a Lei nº 14.150/10 (fls. 16/22) e; (iii) parecer elaborado pelo Professor Floriano de Azevedo Marques Neto que analisou viabilidade do programa e a possibilidade de estabelecimento de parceria entre a Empresa Metropolitana de Águas e Energia e ente privado, para prestar aos municípios paulistas serviços ligados à gestão da iluminação pública, incluindo investimentos e otimização na rede de iluminação e de prédios públicos, bem como projetos de reaproveitamento energético, co-geração e geração distribuída, objetivando redução de custos ("serviços de otimização energética") (fls. 23/91).

É o relatório, passamos a nos manifestar.

7. A consulta formulada pelo Diretor-Presidente da EMAE pode ser dividida nos seguintes pontos: (i) a necessidade de submeter à análise do CGPPP as parcerias a serem formadas nos termos da Lei nº 14.150/10 e (ii) a forma e procedimentos necessários para que a EMAE, ou sua subsidiária, ou ainda por meio de empresas das quais participe majoritariamente ou minoritariamente, executem os serviços de iluminação pública nos municípios paulistas.

8. Além da resposta à consulta, teceremos no decorrer do parecer algumas considerações sobre os assuntos tratados no parecer juntado aos autos de autoria do Professor Floriano de Azevedo Marques.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAЕ

I – DESNECESSIDADE DE SUBMISSÃO DAS PARCERIAS A SEREM FORMADAS PELA EMAE, NOS TERMOS DA LEI Nº 14.150/10, AO CGPPP

9. A resposta ao primeiro ponto, referente à consulta sobre a necessidade, ou não, de submeter à análise do CGPPP as parcerias a serem formadas pela EMAE nos termos da Lei nº 14.150/10, passa pela análise da Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004, que instituiu o Programa de Parcerias Público-Privadas no âmbito do Estado de São Paulo.

10. A dúvida certamente surge em decorrência dos diversos significados que a expressão *parceria público-privada* pode assumir. Isso porque em sentido amplo qualquer relacionamento entre público e privado voltados para determinado fim pode ser considerado uma parceria público-privada. Já em sentido estrito a parceria público-privada é aquela definida pela Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, conforme depreendemos da lição de Carlos Ari Sunfeld:

Em sentido amplo, “PPPs” são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs. Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.

Em sentido estrito, “PPPs” são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

definida pela Lei federal nº 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.¹

11. Assim, cabe verificar em que sentido o termo parceria público-privada foi utilizado na Lei estadual nº 11.688/04. Entendemos que a norma estadual se refere à parceria público-privada no sentido dado pela Lei federal nº 11.079/04.

12. Explicamos. Toda sistemática do diploma estadual indica que a lei foi estruturada para contratação de PPPs em sentido estrito, a começar pelo conceito de parceria público-privada dado pelo seu artigo 5º², que prevê a remuneração por desempenho. Tal mecanismo é nitidamente incompatível com a escolha de um parceiro privado para criação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) ou ainda a escolha de um empresa privada em que se realizará investimentos nos termos da Lei nº 14.150/10, pois nesses casos o relacionamento entre a estatal e o privado se dará por meio de mecanismos societários e a “remuneração” dos parceiros decorrerá essencialmente da distribuição de dividendos.

¹ SUNFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20-24. Ainda sobre os significados da expressão parceria público-privada: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43-44.; PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25-30.

²Artigo 5º - Parcerias público-privadas são mecanismos de colaboração entre o Estado e agentes do setor privado, remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados, podendo ter por objeto:

I - a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infra-estrutura pública;

II - a prestação de serviço público;

III - a exploração de bem público;

IV - a exploração de direitos de natureza imaterial de titularidade do Estado, tais como marcas, patentes, bancos de dados, métodos e técnicas de gerenciamento e gestão, resguardada a privacidade de informações sigilosas disponíveis para o Estado.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

13. Colabora ainda com essa interpretação (sentido estrito do termo PPP) a previsão no artigo 8º³ de um “contrato de parceria público-privada” com a aplicação do disposto na “lei federal correspondente”, nas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, e legislação de licitações e contratos administrativos.

14. Ademais, nota-se que o modelo que se instituiu é similar ao criado pela lei federal de PPP, valendo citar como exemplos a criação de uma empresa estatal com autorização para prestar garantias ao contratado (artigos 12 e 15, inciso VI⁴), a ampliação do escopo das concessões tradicionais, que anteriormente permitiam apenas a exploração de serviços públicos econômicos remunerados por meio de tarifa, para permitir a exploração de serviços administrativos em geral (incisos do artigo 5º), as formas de remuneração do contratado (artigo 9º⁵) e a possibilidade de previsão de multa por inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do contratante (artigo 10⁶).

³Artigo 8º - Os contratos de parceria público-privada reger-se-ão pelo disposto nesta lei, na lei federal correspondente, pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos e deverão estabelecer.

⁴Artigo 12 - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, denominada Companhia Paulista de Parcerias - CPP, para o fim específico de:

I - colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas;

II - disponibilizar bens, equipamentos e utilidades para a Administração Estadual, mediante pagamento de adequada contrapartida financeira;

III - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Estado ou por entidades da administração indireta, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título. [...]

Artigo 15 - Para a consecução de seus objetivos, a CPP poderá:[...]

VI - prestar garantias reais, fidejussórias e contratar seguros;

⁵Artigo 9º - A remuneração do contratado, observada a natureza jurídica do instituto escolhido para viabilizar a parceria, poderá ser feita mediante a utilização isolada ou combinada das seguintes alternativas:

I - tarifas cobradas dos usuários;

II - pagamento com recursos orçamentários;

III - cessão de créditos do Estado, excetuados os relativos a impostos, e das entidades da Administração Estadual;

IV - cessão de direitos relativos à exploração comercial de bens públicos materiais ou imateriais;

V - transferência de bens móveis e imóveis;

VI - títulos da dívida pública, emitidos com observância da legislação aplicável; e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

15. Dessa forma, podemos concluir que somente deverão ser objeto de apreciação pelo CGPPP os projetos relativos às parcerias público-privadas consideradas em seu sentido estrito, de maneira que o projeto ora em análise não precisará ser submetido ao crivo do referido Conselho.

I.a – A ESCOLHA DO PARCEIRO PRIVADO PARA CONSTITUIÇÃO OU PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE EMPRESARIAL

16. Respondido o primeiro ponto, merece aprofundamento questão que tangencia a apreciação da parceria pelo CGPPP, qual seja, o procedimento para escolha do parceiro privado para constituição de uma SPE ou ainda a participação minoritária da EMAE em empresa privada conforme autorizado pelo artigo 2º da Lei nº 14.150/10:

Artigo 2º - A EMAE e suas subsidiárias poderão participar, minoritária ou majoritariamente, do capital social de empresas públicas ou privadas ou com elas associar-se, para o desenvolvimento de atividades inseridas em seu objeto social, bem como as definidas no artigo 1º desta lei.

17. Conforme exposição de motivos do Projeto de Lei nº 318, de 2010, que deu origem à lei acima transcrita, a EMAE tem como missão gerir recursos hídricos e energéticos de forma sustentável, inclusive desenvolvendo pesquisas para tal finalidade (objeto previsto no artigo 2º do Estatuto Social da Companhia), sempre buscando

VII - outras receitas alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados.

⁶Artigo 10 - Sem prejuízo das sanções previstas na legislação pertinente, o contrato poderá prever, para a hipótese de inadimplemento da obrigação pecuniária a cargo do contratante, o acréscimo de multa de 2% (dois por cento) e juros segundo a taxa que estiver em vigor para a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

benefícios sociais e ambientais, como por exemplo, as pesquisas desenvolvidas para despoluição do rio Pinheiro, conversão de resíduos sólidos urbanos em energia, eficiência energética etc.

18. Entre os motivos do projeto de lei estava a necessidade de formação de parcerias para obtenção de recursos de modo que projetos resultantes de suas pesquisas pudessem se concretizar. Para isso propunha-se a constituição de Sociedades de Propósito Específico como forma de captação de recursos com menores custos, combinada com a redução dos riscos inerentes aos negócios. Alertou-se ainda que as circunstâncias atuais do mercado de energia, com forte ambiente competitivo, exigiriam que as empresas participantes do setor tivessem agilidade para atuar de maneira eficiente, mediante associação com outras companhias, públicas ou privadas.

19. Consignou-se, por fim, que a EMAE não se configura como empresa estatal dependente para fins da Lei de responsabilidade fiscal (artigo 2º, inciso III), uma vez que não recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.

20. Esses, portanto, são os motivos que levaram o legislador a permitir⁷ que a EMAE ou suas subsidiárias participassem, minoritariamente ou majoritariamente, do capital social de empresas públicas ou privadas ou com elas associarem-se, para o desenvolvimento de atividades inseridas em seu objeto social.

⁷Autorização legislativa necessária por força do artigo 37, inciso XX, da Constituição Federal e artigo 115, inciso XXII, da Constituição Estadual.

Assinatura manuscrita em tinta preta no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

21. Nota-se que, além da preocupação na obtenção de recursos no mercado expressa na motivação legislativa, a participação da Estatal em empreendimentos privados permite a sadia transferência de *know-how* ao parceiro público, oxigenando a administração do bem público.

22. A nosso ver, a escolha de parceiro privado para os fins da Lei nº 14.150/10 independe de licitação. Isso porque a licitação é exigível apenas para os casos de contratação de obras, serviços, compras e alienações, conforme disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (negritamos)

23. Não se pode dizer que a participação de uma empresa em outra se constitui em contratação de obra, serviços ou aquisição, e, por óbvio, não se trata de alienação, conforme definição dada pelo artigo 6º da Lei federal nº 8.666/93:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFº 37/2013

Interessado: **Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. - EMAE**

transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV - Alienação - toda transferência de domínio de bens a terceiros;

24. Nem se diga que o parágrafo único do artigo 2º da Lei de Licitações, que considera como contratotodo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada, incluiria a “contratação” de parceiros privados para o caso em análise, uma vez que esse parágrafo único *trata do contrato que tenha como objetivo obras, serviços, compras e alienações.*

25. Ademais, a definição clássica de contrato de Hely Lopes Meirelles afasta a incidência da licitação para o caso concreto, pois a constituição ou participação em empresa pressupõe a união de esforços para atingir seu objeto social e não a mera contratação de empresa para determinado fim:

No contrato as partes têm interesses diversos e opostos [...]. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem).⁸

⁸MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 432-433.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF n.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMA E

26. Além disso, não se trata no presente caso de uma contratação propriamente dita, e sim, uma associação com o setor privado com fins negociais, de interesse comum entre as partes.

27. Ainda que cabível a licitação, o que se admite apenas por argumentação, o caso seria de inexigibilidade. O parecer de Floriano de Azevedo Marques acostado aos autos afirma (fls. 68/70) que nesse caso a EMAE não precisaria recorrer a um procedimento licitatório, uma vez que a licitação seria incapaz de escolher o parceiro que preenchesse o requisito da *affectiosocietatis*, considerada característica indispensável para constituição da SPE. Entretanto, consignou que essa escolha do parceiro deve ser “devidamente motivada, razoável e pautada pelo princípio da isonomia”. Assim, o caso analisado seria hipótese de inexigibilidade de licitação.

28. Por fim, e ainda que não haja necessidade de licitar para obter-se o parceiro privado, sendo possível a identificação de mais de uma empresa que possa atender os objetivos pretendidos pela EMAE e considerando as modernas práticas empreendidas no direito administrativo moderno, sugere-se a realização de *chamamento público* para escolha do parceiro.

II – MODELAGEM JURÍDICA PARA QUE A EMAE OU SUAS SUBSIDIÁRIAS EXECUTEM OS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS PAULISTAS

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

29. O Programa Estadual Ilumina São Paulo, conforme apresentado pela EMAE no ofício de fls. 02/03, seria assim formatado: o Estado firmaria convênios de cooperação com municípios interessados na gestão associada do serviço de iluminação pública, cuja execução será regulada por contratos de programa firmados entre a Empresa Metropolitana de Águas e Energia – EMAE, ou sua subsidiária, ou ainda por meio de empresas das quais participe majoritariamente ou minoritariamente, e municípios interessados no projeto.

30. Conquanto a questão deverá ainda ser analisada pela Consultoria Jurídica da Secretaria competente, parece-nos ser possível a solução proposta pela EMAE. Assim, passamos a análise dos dispositivos aplicáveis, bem como dos requisitos necessários para concretização do programa.

II.a – CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO

31. O convênio de cooperação está previsto no artigo 241 da Constituição Federal, o qual possui a seguinte redação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

32. A primeira observação quanto ao dispositivo constitucional se refere ao trecho “disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação”. A

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

leitura da norma deve se harmonizar com o disposto nos parágrafos do artigo 24, inciso II, do artigo 30 e parágrafo único do artigo 23, todos da Constituição Federal. Assim, a lei a que se refere o artigo 241 seria de *competência concorrente*, ou seja, a grosso modo, a União estabelece as normas gerais que podem ser suplementadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. E mais, tal norma apenas regularia os requisitos de validade e procedimentos para celebração dos instrumentos citados (convênios de cooperação e consórcios públicos)⁹, sendo que caberia a lei complementar regulamentar setores específicos dos serviços comuns prestados em cooperação entre os entes federativos¹⁰.

33. Com base nessa competência foi editada a Lei federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Essa lei disciplinou as normas gerais de contratação de consórcios públicos e deu outras providências. Sobre o convênio de cooperação há menção nos (i) §§ 4º, 5º e 6º do artigo 13¹¹, que trata do contrato de programa, (ii) artigo 17¹², que introduziu hipótese

⁹Ver: MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 35-37. No mesmo sentido, de considerar o artigo 241 como enunciador de uma hipótese de competência concorrente, Magalhães indica o posicionamento de Luciano Ferraz, Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto.

¹⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 382.

¹¹“Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.[...]”

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação.”

¹²“Art. 17. Os arts. 23, 24, 26 e 112 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:”Art. 24.....



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

de licitação dispensável na Lei federal nº 8.666/93, e (iii) artigo 19¹³, que limitou a aplicação da Lei nº 11.107/05 aos ajustes firmados posteriormente à sua vigência.

34. Note-se que em nenhum momento a Lei 11.107/05 tratou de requisitos e procedimentos para constituição do convênio de cooperação, pelo que entendemos ser aplicável à matéria o artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93. Ou seja, entendemos, na linha dos ensinamentos de Di Pietro¹⁴, que o artigo 241 da Constituição Federal e a Lei nº 11.107/05, não criaram um novo tipo de convênio, mas apenas tornaram expressa a possibilidade de celebração de convênios que antes estava implícita na lei superior.

35. Nessa linha de raciocínio, a segunda observação ao disposto no artigo 241 da CF refere-se ao trecho que complementa a primeira observação “disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, *autorizando a gestão associada*”. A parte destacada poderia levar ao entendimento de que a gestão associada dos serviços dependeria de lei específica de cada ente autorizando o Executivo a firmar o ajuste, como inclusive está expresso no Decreto federal nº 6.071, de 17 de janeiro de 2007, que definiu os convênios de cooperação como sendo o “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles” (artigo 2º, inciso VIII). Também exige a edição de lei o §4º do artigo 31 do mesmo decreto.

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.”

¹³ “Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência.”

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 338 e 483.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

36. Cremos que essa não é a melhor interpretação, tendo o decreto excedido os limites legais. Primeiro, porque o artigo 116 da Lei de Licitações e Contratos trata de forma diversa os requisitos para se firmar um convênio:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

[...]

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.
 (negritamos)

37. Assim, pela lei aplicável ao caso, a celebração do convênio depende da aprovação do plano de trabalho (que, obviamente, preencha os requisitos legais) pelo órgão ou entidade da Administração Pública¹⁵, com posterior *ciência* (e não ratificação) à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal da entidade ou órgão repassador, se houver.

38. O segundo argumento, apresentado por Magalhães¹⁶, *especialmente aplicável ao âmbito federal*, é que o Decreto federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007, teria

¹⁵ Entendido no caso como o Poder Executivo, ou os Poderes Legislativo e Judiciário no exercício de funções atípicas de administração.

¹⁶ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Obra citada, p. 39.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

revogado a exigência de autorização legislativa imposta pelo Decreto federal nº 6.017/07, uma vez que aquele diploma é posterior a este.

39. O terceiro argumento relativo à impossibilidade do decreto exigir lei autorizativa para os convênios é sua afronta à separação de poderes positivada no artigo 2º da Lei Maior. Magalhães¹⁷ cita as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 676/RJ e 462/BA julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, que consideraram inconstitucionais a exigência de autorização legislativa para celebração de convênios, contratos e demais ajustes. Somo a esses precedentes as ADI's nºs 177/RS, 165/MG e 342/PR no mesmo sentido. A título de exemplo, transcrevo a ementa da última ADI citada:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: "Compete, privativamente, à Assembléia legislativa: XXI - autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembléia Legislativa, nos noventa dias subseqüentes à sua celebração". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembléia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente

¹⁷MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Obra citada, p. 38.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná.(ADI 342, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2003, DJ 11-04-2003) (negritamos).

40. Aliás, esse terceiro argumento se alinha com o atual posicionamento do Estado de São Paulo que em 27 de outubro de 2011 editou o Decreto nº 57.465 revogando o inciso I do artigo 8º do Decreto nº 40.722, de 20 de março de 1996, que exigia “autorização legislativa, que permita ao Poder Executivo Municipal a formalização do ajuste”. Nas considerações o Senhor Governador do Estado justificou a edição do decreto na “firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a inconstitucionalidade de regra que subordine a celebração de convênios por parte do Poder Executivo a autorização prévia ou ratificação legislativa”. Vale ressaltar, que atualmente os convênios são regulados pelo Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013, que mantiveram essa orientação, exigindo apenas que a celebração do ajuste esteja conforme a Lei Orgânica local.

41. Assim, a necessidade de lei para firmar convênios não poderia ser exigida *priori*, mas apenas em casos específicos decorrentes de matérias nele tratadas ou ainda que gerem repasse de recursos não previstos na lei orçamentária. Portanto, a efetiva conclusão quanto à necessidade de lei dependeria da análise dos termos em que será firmado o convênio de cooperação, cuja minuta não consta dos autos, cabendo destacar a competência da Consultoria Jurídica da pasta para se manifestar a respeito, nos termos do Decreto nº 59.215/2013.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº: 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

42. Voltando à análise do artigo 241 da Constituição Federal, a terceira observação é quanto ao trecho “gestão associada de serviços públicos”, considerando interpretação dada por alguns doutrinadores ao conceito de serviço público e a possibilidade do serviço de iluminação pública estar enquadrada nesse conceito.

43. O conceito de serviço público encontra-se entre as definições mais complexas do direito administrativo. Apenas a título de exemplo, Alexandre dos Santos de Aragão identifica quatro concepções de serviço público: amplíssima (que incluiria todas as atividades exercidas pelo Estado), ampla (que incluiria todas as atividades exercidas pelo Estado, com exceção da polícia administrativa e o fomento), restrita (que inclui entre as exceções da aceção ampla os serviços *uti universi*, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos) e restritíssima (que inclui entre as exceções da aceção restrita os serviços sociais que não são titularizados pelo Estado com exclusividade e geralmente são prestados gratuitamente pelo Estado), e arremata:

A Constituição brasileira de 1988, apesar de possuir várias regras específicas sobre eles, não chega a ser precisa na utilização da nomenclatura, ora se referindo a serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividades da titularidade do Estado que podem dar lucro (ex: arts. 145, II, e 175), ora como sinônimo de Administração Pública (ex: art. 37), ora pra se tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (ex: art. 198). Outras vezes se refere apenas a “serviços” (ex: art. 21) e a “serviços de relevância pública” (ex: arts. 121 e 197)¹⁸.

¹⁸ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.360-364.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEF nº 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

44. Dessa forma, não há na Constituição Federal uma definição certa do conceito de serviço que possa ser aplicada a todas as menções feitas em seu corpo, exigindo do intérprete a análise de cada caso. Para o artigo 241, parece-nos que o termo *serviços públicos* deve ser interpretado em seu sentido amplíssimo¹⁹, pois veicula norma de cooperação entre entes federativos, que podem e devem prestar auxílio mútuo na busca dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no artigo 3º, bem como a concretização do princípio da eficiência indicado no artigo 37, *caput*. Nas palavras da Professora Di Pietro:

O objetivo da norma constitucional é o de consolidar a gestão associada entre os entes federados para consecução de fins de interesse comum. Normalmente, essas matérias são as que se inserem na competência comum prevista no artigo 23 da Constituição. Muitas vezes, o serviço que uma pessoa jurídica pública não pode ou tem dificuldade para executar sozinha torna-se possível ou mais eficiente mediante a conjugação de esforços.²⁰

45. Na verdade, o determinante é que os entes federativos possuam objetivos comuns claramente identificáveis. No caso, a municipalidade poderia ter interesse em firmar o convênio para gerir de forma associada o serviço de iluminação pública, considerando a complexidade do setor e seu dever constitucional de mantê-lo (artigos 30, inciso V, e 149-A da CF).

¹⁹ Não se olvida a disposição do inciso XIV, artigo 2º do Decreto federal nº 6.017/07, que utilizou o conceito restrito de serviço público. No entanto, tal dispositivo é aplicável apenas ao âmbito federal, uma vez que o decreto não poderia reduzir a autonomia administrativa de Estados e Municípios em gerir associadamente seus serviços, por força do artigo 18 da Constituição Federal: “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (grifo nosso).

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada, p. 475.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº: 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

46. Já o Estado possui interesse relativo à atuação em diversos âmbitos. Na área ambiental, a boa execução dos serviços de iluminação pública pode gerar eficiência energética. Na área de segurança pública, sabe-se que a iluminação das vias auxilia de maneira decisiva no combate à criminalidade e na sensação de segurança da população, favorecendo ainda a segurança no tráfego de veículos. No âmbito cultural, a iluminação proporciona a valorização do patrimônio natural, histórico e arquitetônico das cidades, o que contribui inclusive com o desenvolvimento do turismo.

II.b – CONTRATO DE PROGRAMA. PERTINÊNCIA PARA SUA EXECUÇÃO ATRAVÉS DA EMAE

47. Demonstrado o interesse dos entes em comento, cabe uma brevíssima explicação sobre o setor de energia elétrica brasileiro, porquanto intimamente ligado ao serviço de iluminação pública.

48. O setor elétrico brasileiro nem sempre teve a mesma estrutura. No início, as atividades de geração, transmissão, e distribuição eram verticalizadas, ou seja, prestadas pela mesma empresa, pois eram todas consideradas como monopólio natural. Foi nessa época que surgiram várias empresas estatais, as quais a partir da década de 50 dominaram o setor elétrico brasileiro, sendo um modelo bem-sucedido até o final da década de 80 quando começaram a enfrentar dificuldades financeiras, o que propiciou a reestruturação do modelo estatal.

49. Visando aprimorar o estratégico setor elétrico brasileiro, realizaram-se reformas para fomentar a competição, com a consequente desverticalização. Atualmente é

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFº 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMA E

na Lei federal nº 9.074/95, com as alterações da Lei federal nº 10.848/04, que estão dispostas as segregações do setor de energia.

50. O art. 4º da referida lei afirma que as companhias distribuidoras não poderão realizar diretamente as atividades de geração e transmissão. Ocorre, contudo, que a legislação do setor não aborda a segregação de qualquer uma das atividades arroladas acima em relação ao serviço público de iluminação pública, entendendo que a Constituição Federal de 1988 conferiu a competência aos municípios para organizar a prestação desse serviço.

51. Não obstante a possibilidade de regulação municipal, parte das regras desses serviços está disciplinada em algumas resoluções da Agência Nacional de Energia Elétrica ("ANEEL") uma vez que se entende que a conexão das redes elétricas das distribuidoras com as prestadoras dos serviços de iluminação pública é de competência da citada Agência.

52. Entre as normas editadas pela agência, temos a Resolução ANEEL nº 414/2010, estabelecendo as condições gerais de fornecimento de energia elétrica. Essa norma define o serviço de iluminação pública como sendo um "serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos, de forma periódica, contínua ou eventual" (artigo 2º, XXXIX), bem como estabelece que essa atividade possa ser prestada de forma direta pelo município ou ser "delegada mediante concessão ou autorização" (artigo 21), caracterizando-se essencialmente pelo "fornecimento para iluminação de ruas, praças, avenidas, túneis, passagens subterrâneas, jardins, vias, estradas, passarelas, abrigos de usuários de transportes coletivos, logradouros de uso

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

comum e livre acesso, inclusive a iluminação de monumentos, fachadas, fontes luminosas e obras de arte de valor histórico, cultural ou ambiental, localizadas em áreas públicas e definidas por meio de legislação específica, exceto o fornecimento de energia elétrica que tenha por objetivo qualquer forma de propaganda ou publicidade, ou para realização de atividades que visem a interesses econômicos.” (artigo 5º, § 6º).

53. A mesma norma regula a partir do artigo 68 as diretrizes para o contrato de fornecimento de energia elétrica destinada à iluminação pública. Além de outros dispositivos tratando do tema, o artigo 218 determinou que nos casos em que o sistema de iluminação pública estiver registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS da distribuidora, esta deve transferir os respectivos ativos à pessoa jurídica de direito público competente no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da publicação desta Resolução.

54. Sobre a transferência de ativos foi editada a Resolução ANEEL nº 480/2012 que, reiterando a competência constitucional do município para o serviço de iluminação pública, estabeleceu os procedimentos para transferência dos ativos das atuais prestadoras para o ente político municipal, observando o prazo limite de 31 de janeiro de 2014. A partir de então os municípios terão condições de regular tal serviço e exercer o papel atribuído pela carta maior.

55. É nesse cenário extremamente complexo que entendemos pertinente que a EMAE busque expandir seus negócios para atuar no setor de iluminação pública, por meio de contratos de programa (artigo 13 da Lei federal nº 11.107/05) formalizados no âmbito do convênio de cooperação.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

56. Isso porque a Emae realizou em 2012 estudos de projetos de efficientização de iluminação pública conforme item do Relatório Anual da Administração da companhia:

Outro estudos: Eficiência energética

Em 2012, a EMAE realizou estudos de modelos de negócio, no âmbito do Programa Nacional de Iluminação Eficiente – Reluz, lançado pela Eletrobras/Procel, referentes a projetos de efficientização de iluminação pública²¹.

57. Conforme informações *in site* da Eletrobrás, o Reluz teria a seguinte configuração:

O Programa Nacional de Iluminação Pública Eficiente - ReLuz prevê investimentos de R\$ 2 bilhões por parte da ELETROBRÁS, para tornar eficientes 5 milhões de pontos de iluminação pública, e instalar mais 1 milhão no País.

Coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, e desenvolvido pela ELETROBRÁS, através do PROCEL - Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica, o ReLuz foi lançado em junho de 2000 e, em 2002, prorrogado até 2010. O Programa pretende abranger até 96% do potencial de conservação de energia da rede nacional de iluminação pública, atualmente composta de 13 milhões de pontos de iluminação, sendo que, 7,5 milhões de pontos, podem ganhar mais eficiência.

Atingida esta meta, o Governo conseguirá reduzir a despesa dos municípios com iluminação pública em aproximadamente R\$ 183 milhões

²¹Disponível em: <http://www.emae.com.br/emae/Internet/Investidores/Informacoes%20Financeiras/Informacoes%20Anuais_Trimestrais/BALANCO%20EMAÉ%202012.pdf>. Acesso em 7 de jun de 2013.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

por ano, com uma redução de 682 mil quilowatts (kW) e uma economia de 1,3 bilhões de kWh/ano.

O financiamento dos projetos é feito às concessionárias de energia elétrica - distribuidoras, transmissoras e geradoras – que, em articulação com as Prefeituras Municipais, executam os serviços. O valor do financiamento corresponde a até 75% do valor total do projeto. O restante constitui a contrapartida das concessionárias e das Prefeituras Municipais, que pode ser feita por meio de serviços próprios como: transporte, mão-de-obra, e outros serviços necessários à execução dos projetos.

A implementação do Programa ReLuz proporciona a melhoria das condições para o turismo, o comércio e o lazer noturnos, geração de novos empregos, aumento da qualidade de vida da população urbana, redução da demanda do sistema elétrico nacional, especialmente no horário de maior consumo, e contribui para o aumento da confiabilidade e da melhoria das condições de atendimento ao mercado consumidor de eletricidade. (grifos nossos)²²

58. Assim, a EMAÉ já possui, além do *knowhow* para atuar no complexo ambiente regulatório do setor de energia, estudos relativos a projetos de eficiência na iluminação pública.

59. E mais, essa atuação representaria mais uma fonte de recursos que permitirá o aumento de receitas necessárias a boa saúde da companhia que integra o patrimônio do Estado, valendo lembrar que a continuidade dos prejuízos experimentados certamente velará a necessidade de aporte de recursos do Estado por meio de aumento da

²² Disponível em: <http://www.eletronbras.gov.br/EM_Programas_Reluz/default.asp>. Acesso em 07 de jun de 2013. Fl. 4.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEFn.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

participação acionária. Sobre esse assunto destacamos o Relatório dos auditores independentes sobre as demonstrações contábeis de 2012:

A Empresa, eliminando os ganhos extraordinários apurados em 2008 (venda de energiano âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE e operação de arrendamento), sofreu contínuos prejuízos operacionais, fatores que geram dúvidas quanto à sua possibilidade de continuar em operação. A Administração da Empresa tem avaliado os impactos econômico-financeiros sobre seus negócios, resultantes das alterações introduzidas pelo Modelo Setorial implementado a partir de 2004, e as experiências com os leilões de energia. Como resultado dessa avaliação, a Administração entende que serão necessárias outras medidas, atualmente em discussão com o Poder Concedente (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e Ministério de Minas e Energia) e o acionista controlador (Governo do Estado de São Paulo), além das medidas já tomadas, visando à redução de custos e ao aumento de receitas da Empresa, para permitir a rentabilidade às suas operações e a realização dos investimentos feitos em seu parque gerador, cujo saldo monta a R\$351.731 mil, em 31 de dezembro de 2012, compostos, principalmente, pela Usina Hidrelétrica Henry Borden.²³

60. Ademais, o objeto desse contrato de programa é perfeitamente enquadrado no objeto social da EMAE conforme depreendemos do artigo 2º do Estatuto Social em especial os incisos I, V e VI, decorrentes do dispositivo que autorizou a criação da companhia, qual seja, o artigo 23 Lei nº 9.361/96:

As sociedades que resultarem da reestruturação societária e patrimonial prevista nos artigos anteriores poderão incluir em seu objeto social atividades

²³Disponível em: <http://www.elektrobras.gov.br/EM_Programas_Reluz/default.asp>. Acesso em 07 de jun de 2013. Fl. 55



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
 Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEF nº: 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
 EMAE

que permitam a exploração da respectiva infraestrutura para a prestação de outros serviços de natureza pública ou privada, com a produção de receitas alternativas, complementares ou acessórias, inclusive as provenientes de projetos associados, observado o disposto no artigo 11, parágrafo único, no artigo 18, inciso VI, e no artigo 25, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

61. Para execução do contrato de programa, e como afirmado pelo parecer do Professor Floriano, a constituição de subsidiária destinada à exploração desse negócio se mostra bastante vantajosa do ponto de vista operacional, que deverá seguir as exigências legais e do estatuto social, como por exemplo, a autorização da Assembleia Geral e pelo Conselho de Administração de acordo com o artigo 14, inciso XX, do Estatuto Social enecessidade de avaliação do patrimônio destacado, consoante artigos 251, §1º, e 8º da Lei federal nº 6.404/76. Além disso, por ocasião da elaboração do convênio de cooperação, deverá ser previsto, entre outros dispositivos, a autorização para subsidiária da EMAE firmar o contrato de programa.

62. Por outro lado, entendemos descabida a submissão (ou ainda a possibilidade de avocação) da constituição da subsidiária ao Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização, mencionado à fl. 57 dos autos (no bojo do parecer acima referido), porquanto a competência do conselho diretor do PED para recomendar ao Governador a constituição da subsidiária limitava-se às subsidiárias *necessárias à viabilização das desestatizações* tratada na Lei nº 9.361/96:

Artigo 5º. Compete ao Conselho Diretor do PED:

I - recomendar, para aprovação do Governador do Estado:

[...]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processo nº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº: 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

d) a transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão de sociedades e a criação de subsidiárias, assim como outras formas de reestruturação societária e patrimonial necessárias à viabilização das desestatizações. (sublinhamos)

63. Ainda com relação à utilização do contrato de programa a ser firmado entre o município e a EMAÉ (ou subsidiária), é de especial relevância a dispensa de licitação fundada no artigo 24, inciso XXVI, da Lei federal nº 8.666/93.

64. Os requisitos para dispensa de licitação com base no artigo 24, inciso XXVI, da Lei federal nº 8.666/93, devem ser extraídos da interpretação da hipótese legal, sem prejuízo do contido no artigo 26 da mesma lei. O primeiro dispositivo está assim redigido:

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

65. Assim, temos que para caracterização dessa hipótese de dispensa devem ser preenchidos os seguintes requisitos: (i) ajuste mediante contrato de programa, (ii) firmado entre entes da federação ou entidade de sua administração indireta, (iii) para prestação de serviços públicos de forma associada e (iv) nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação. Todos os requisitos exigidos pela legislação nos parecem cumpridos, cabendo apenas as seguintes observações.

66. A celebração do contrato de programa diretamente pela EMAÉ ou sua subsidiária não encontra problemas, uma vez a nova entidade assumirá também a condição de sociedade de economia mista.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

67. Já as empresas nas quais a EMAÉ ou suas subsidiárias participem majoritária ou minoritariamente no capital poderão *celebrar o contrato de programa ou apenas executá-lo* de acordo com a configuração societária dada ao caso concreto, sendo que a avaliação em abstrato desse ponto se mostra impertinente.

68. A nosso ver, a condição de empresa *controlada* pelo Poder Público, das entidades citadas no parágrafo anterior, deverá ser verificada não só pelo conceito patrimonial de controle (na qual determinada pessoa possui a maioria do capital com direito a voto), como também pela concepção contratual ou estatutária (com o controle decorrente de acordo de acionistas, na forma dos artigos 116 e 118 da Lei das S.A.s, ou por previsão no estatuto social).

69. Repetimos que o aprofundamento desse tema deve ocorrer diante do caso concreto, uma vez que são inúmeras as configurações societárias possíveis, bem como é indispensável a análise do modelo de negócio a ser adotado, que efetivamente atinja os objetivos da EMAÉ e o interesse público inerente a qualquer decisão no âmbito da administração indireta.

70. Por fim, quanto à afirmação à fl. 03 de que “como os serviços de iluminação pública envolvem a operação, manutenção, a gestão e a efficientização dos sistemas, não há necessidade de uma regulação específica da ARSESP, por se tratar de uma questão local (artigo 30 da Constituição Federal), a ser regulada no âmbito do Contrato de Programa”, apenas lembramos que conforme §3º do artigo 13 da Lei federal nº 11.107/05 “é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos

A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEF nº 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMA E

poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados”, observando que a dúvida deverá ser abordada quando da análise jurídica do programa de governo.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

71. Pelo exposto, podemos concluir que:

a) não há necessidade de submeter a parceria buscada pela EMAE com empresas privadas para constituição de uma sociedade de propósito específico ao Conselho Gestor do Programa de Parcerias Público Privadas, e tampouco ao Programa Estadual de Privatização;

b) é viável a celebração de convênio de cooperação entre o Estado de São Paulo e Municípios interessados na gestão associada dos serviços de iluminação pública, com posterior contratação da EMAE ou sua subsidiária (observadas as considerações desta manifestação) por meio de contrato de programa.

73. Dessa forma, considerando os elementos constantes dos autos, propomos a devolução do expediente à EMAE para prosseguimento das medidas necessárias à estruturação do projeto, com proposta de elaboração das seguintes minutas: (i) de decreto, regulamentando o “Programa Estadual Ilumina São Paulo”, e autorizando a Secretaria de Energia a firmar convênios de cooperação dele decorrentes; (ii) de convênio de cooperação; e (iii) de contrato de programa, a serem apreciadas pela Consultoria Jurídica da pasta e pela Assessoria Jurídica do Governo, caso seja de interesse do Senhor Governador do Estado a implementação do programa sugerido.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMA E

Sendo essas as considerações que entendíamos cabíveis, submeto à consideração superior.

GPG, 20 de junho de 2013.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Eduardo Teixeira Braga', written in a cursive style.

Carlos Eduardo Teixeira Braga
Procurador do Estado



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processon.º: 18487-591276/2013

Manif-GPG-CEF.n.º 37/2013

Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAE

Assunto: EMAE. Proposta de participação da empresa no Programa Estadual Ilumina São Paulo para gestão associada do serviço de iluminação pública nos municípios do Estado de São Paulo.

Senhor Procurador Geral do Estado,

1. Ciente e de acordo com a **Manif-GPG-CEF.n.º 37/2013**, que responde às indagações iniciais formuladas pela EMAE, concernentes à viabilidade de sua participação no Programa Estadual Ilumina São Paulo, a ser estruturado por meio de convênio de cooperação a ser celebrado entre o Estado de São Paulo e Municipalidades, visando a posterior contratação da empresa, integrante da administração indireta, mediante contrato de programa.
2. À superior consideração.

GPG, 21 de junho de 2013.

Assinatura manuscrita em tinta preta, apresentando uma grafia cursiva e fluida.

Cristina M. Wagner Mastrobuono

Procuradora do Estado Assessora

Coordenadoria das Empresas e Fundações



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL
Coordenadoria de Empresas e Fundações

Processonº: 18487-591276/2013
Manif-GPG-CEFn.º 37/2013
Interessado: Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. -
EMAÉ

Assunto: EMAÉ. Proposta de participação da empresa no Programa Estadual Ilumina São Paulo para gestão associada do serviço de iluminação pública nos municípios do Estado de São Paulo.

1. Ciente e de acordo com a Manifestação GPG-CEF n.º 37/2013, da Coordenadoria de Empresas e Fundações.
2. Encaminhem-se os autos à EMAÉ na forma proposta.

GPG, 21 de junho de 2013.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO