

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adriana Roldan Pinto de Lima, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Raul Felipe Borelli, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Caio de Souza Loureiro, Licínio dos Santos Silva Filho, Fernando Herren Aguillar, Fernanda Meirelles Ferreira, Milene Louise Renée Coscione, Ana Luiza Simoni Paganini, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Guilherme Leonel Gushiken, Bruno Moreira Kowalski, Marina Fontão Zago, Eduardo Stênio Silva Sousa, Mais Moreno, Carlos Alberto Laurino, Fernanda Esbizaro Rodrigues Rudnik, Carolina Smirnovas Quattrocchi, Diego Gonçalves Fernandes, Marina Cardoso de Freitas, Elisa Martinez Giannella, Hendrick Pinheiro da Silva, Bruna Silveira Sahadi, Mariana Magalhães Avelar, Fabricio Abdo Nahad, Nara Carolina Merlotto, Kelly Ribeiro Félix de Souza, Marcela de Oliveira Santos, Ana Luiza Fernandes Calil, Alexandre Rodrigues de Sousa, Pedro Henrique Biella Massola, Raquel Lamboglia Guimarães, Deise da Silva Oliveira, Patrícia Trompeter Secher, Juliana Moitas Nogueira de Menezes, Beatriz Antonelli Cardoso, Rafael Pereira Fernandes, Rajaella Bahia Spach, Rodrigo Amaral Paula de Méo, Luiz Claudio Pimenta Filho, Maria Gabriela Freitas Cruz, Naiane Priscila Alexandrino Marques, Carlos Henrique Benigno Pazetto, Roberta Helena Ramires Chiminazzo, Alessandra Jeronimo Ungria, João Falcão Dias

PARECER

Prestação de serviços de transporte público coletivo de passageiros e veículos por intermédio de balsas no Reservatório Billings, por empresa estatal do setor de energia elétrica, sem outorga formal pelo ente titular dos serviços e sem a devida remuneração. Irregularidades.

ÍNDICE

CONSULTA	3
<u>I. BREVES NOTAS SOBRE A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO</u>	6
I.1. TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO	6
I.2. A FORMALIZAÇÃO DA DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	12
<u>II. ESPECIFICIDADES DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESTATAL PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</u>	16
II.1. DISPENSA DE LICITAÇÃO: OUTORGA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS POR LEI OU CONTRATO	17
II.2. COMPATIBILIDADE COM O OBJETO SOCIAL	20
II.3. REQUISITOS ESPECIAIS DE TRANSPARÊNCIA	23
<u>III. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE POR BALSAS PELA EMAE</u>	24
III.1. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA FORMAL DOS SERVIÇOS	24
III.2. INCOMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA OUTORGAR OS SERVIÇOS	26
III.3. ILEGITIMIDADE DA EMAE PARA PRESTAR OS SERVIÇOS	29
III.4. DESVIO DE FINALIDADE	32
III.5. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS	35
III.6. CONCLUSÃO: ILEGALIDADE E RISCO DE SANCIONAMENTO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	37
<u>IV. RESPOSTA AOS QUESITOS</u>	40



CONSULTA

Honra-me a **Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A.** (“EMAE” ou “Consulente”) com consulta a respeito das irregularidades na prestação dos serviços de transporte de passageiros e veículos por intermédio de balsas no Reservatório Billings.

Conforme relatado pela Consulente, por meio do Contrato de Concessão nº 02/2004-ANEEL (“Contrato de Concessão”), a União, representada pelo Ministério de Minas e Energia – MME, outorgou à EMAE a exploração do potencial de energia hidráulica das Usinas Hidrelétricas Rasgão, Henry Borden e Porto Góes, para a geração de energia elétrica destinada às concessionárias distribuidoras de energia no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN.

Ao assumir a Concessão, a Consulente viu-se obrigada a dar continuidade à **prestação de serviços de transporte de passageiros e veículos por intermédio de balsas**, que realizam travessias em três locais distintos do Reservatório Billings (notadamente, nos braços do Bororé, de Taquacetuba e de João Basso, adjacentes aos Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo).

Conforme informado pela Consulente, trata-se de serviço originalmente prestado pela empresa *The São Paulo Tramway, Light & Power Company* (“Light”), responsável pela implantação do plano de obras estabelecido pelo Decreto Federal nº 16.844, de 27 de março de 1925, para o aproveitamento do potencial hidráulico do Rio Tietê. De acordo com o estabelecido pelo mencionado Decreto, competia à concessionária, dentre outras obrigações, **recompôr os acessos ou estruturas públicas (tais como estradas de rodagem, caminhos e linhas telegráficas) que ficassem inutilizados ou prejudicados em consequência da implantação das obras** (nos termos do art. 1º, parágrafo único, alínea “c”¹).

¹ “Art. 1º Fica aprovado o plano nas obras que *The São Paulo Tramway, Light & Power Company, Limited* pretende executar nos municípios de Sallesópolis, Santos, Mogy das Cruzes, São Bernardo, Santo Amaro e

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Na ocasião, após o enchimento do Reservatório, a então concessionária Light adotou como solução para o transporte de passageiros e veículos a **instalação de balsas**, tendo em vista que, à época, a densidade populacional da área era baixa e não havia perspectiva de grande expansão urbana. **Tal serviço continua sendo prestado de maneira ininterrupta e gratuita até os dias de hoje, tendo sido assumido pela EMAE por ocasião da celebração do Contrato de Concessão com a União.**

Ocorre que nos últimos anos, devido a uma série de invasões das áreas dos mananciais e do Reservatório Billings por loteamentos irregulares, a densidade populacional da região aumentou, o que ocasionou um **aumento exponencial do número de usuários do transporte de balsa**. Exemplo disso é o fato de que, conforme informado pela Consulente, somente em 2015 foram realizadas 185 mil travessias e transportados 3 milhões de passageiros e 1,4 milhões de veículos.

Com o crescimento significativo da demanda, **a Consulente vem sendo obrigada a realizar uma série de investimentos extraordinários**, destinados à ampliação da capacidade de transporte das embarcações e à melhoria dos serviços, sobretudo por conta de forte pressão pública exercida pelos Municípios adjacentes e pelos usuários do serviço².

Itapeceira, no Estado de São Paulo, de accôrdo com as plantas e o memorial que com este baixam, rubricados pelo director geral de Expediente da Secretaria de Estado dos Negocios da Viação e Obras Publicas, para aproveitamento da força hydraulica do rio Tieté e de seus affluentes Beritiba, Jundiahy, Tayassupeba-Assú, Balainho, Tayassupeba-Mirim, Grande, Paralleiros e M'Boy-Guassú.

Paragrapho unico. Na execução das obras comprrehendidas no plano ora aprovado, "The São Paulo Tramway, Light & Power Company, Limited" fica obrigada a observar as seguintes condições: (...) c) substituir ou reconstituir de accôrdo com as exigencias dos poderes publicos, todas as obras de interesse publico, inclusive estradas de rodagem, caminhos e linhas telegraphicas, que ficarem inutilizadas ou prejudicadas em consequencia das obras previstas no plano ora aprovado" (sic).

² Exemplo disso é o recente Ofício nº 029/2017, enviado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo à Prefeitura de São Bernardo do Campo em 24/01/2017, solicitando à Municipalidade informações a respeito (i) das "medidas adotadas para o monitoramento das filas de usuários do serviço de transporte" e (ii)

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Como resultado, os custos de operação (gratuita e ininterrupta), manutenção e ampliação dos serviços de transporte de balsa **têm onerado demasiadamente a atual concessionária, sem que esta seja sequer remunerada pelas travessias realizadas.**

Além destas questões, a prestação dos serviços de transporte nos moldes atuais envolve, no entendimento preliminar da Consulente, uma série de **irregularidades e riscos que vêm sendo indevidamente suportados pela EMAE.**

Diante dos fatos narrados e das preocupações expostas acima, a presente Consulta será orientada pelos seguintes quesitos, a serem respondidos ao final:

- 1) *Quem é o ente responsável pela prestação dos serviços de transporte público coletivo por balsas no Reservatório Billings?*
- 2) *A prestação dos serviços de transporte de veículos e passageiros por intermédio de balsas atualmente realizada pela EMAE no Reservatório Billings é regular?*

Em vista do exposto, constata-se, desde já, que o cerne do presente Parecer é a regularidade da prestação dos serviços de transporte público coletivo por intermédio de balsas, nos moldes em que atualmente vem sendo realizado pela EMAE no âmbito do Reservatório Billings.

Tendo isso em vista, traçarei, primeiramente, algumas breves considerações a respeito dos serviços de transporte público coletivo, em especial no que se refere à sua natureza e titularidade, bem como aos procedimentos formais para a sua descentralização (Tópico I).

das "ações que estão sendo adotadas para solucionar problemas relacionados ao tempo de espera dos usuários e a prioridade a ser concedida a pessoas portadoras de necessidades especiais".



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Em seguida, farei alguns comentários, igualmente breves, sobre determinadas especificidades da contratação de empresa estatal para a execução de serviços públicos (Tópico II). À luz do objeto e finalidades deste Parecer, discorrerei, especificamente, sobre os procedimentos formais para a outorga dos serviços, sobre a necessária compatibilidade com o objeto social da empresa e acerca dos requisitos de transparência que devem ser por ela observados.

Adentrando especificamente na análise do caso em tela, apontarei eventuais irregularidades identificadas no atual modelo de execução dos serviços de transporte por balsa operados pela Consulente na área do Reservatório Billings, indicando, ao final, os riscos atrelados a tal situação (Tópico III).

Por fim, responderei objetivamente aos quesitos que me foram formulados (Tópico IV).

I. BREVES NOTAS SOBRE A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO

I.1. Titularidade dos serviços públicos de transporte coletivo

Primeiro ponto a ser abordado neste Parecer concerne à classificação dos serviços de transporte público coletivo como **serviços públicos**.

Conforme tradicionalmente apontado, o conceito de serviço público pode ser compreendido sob dois enfoques distintos: o enfoque material, no qual prevalece a **essencialidade de determinando serviço para coletividade e sua assunção pelo**

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Estado; ou o enfoque formal, pelo qual se utiliza a **classificação da lei** para delimitar o que se entende por serviço público³.

Pois bem. No caso das atividades de transporte público coletivo, seu enquadramento como serviço público ocorre **tanto sob o enfoque material, como pelo enfoque formal.**

A **essencialidade desses serviços para os munícipes é latente**, sendo fundamentais para a efetivação dos interesses públicos relacionados à mobilidade urbana. Tanto é assim que a má prestação ou paralisação dos serviços de transporte coletivo causa significativos transtornos para os cidadãos. Aliás, clássicos são os exemplos em que agentes prestadores destes serviços promovem a sua paralisação, com o objetivo específico de gerar caos para a cidade e ter atendida determinadas reivindicações de seu interesse.

Também pelo enfoque formal é simples constatar o enquadramento dessas atividades como serviços públicos municipais. Inicialmente, a **Lei Federal nº 12.587/2012**, que estabelece as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, enquadra os serviços de transporte público coletivo dentro da cadeia dos diferentes modos de transporte urbano, assim definindo-os:

“Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

³ Conforme bem resumido por Dinorá Adelaide Musetti GROTTI: “A concepção objetiva de serviço público pretende assinalar que uma atividade é serviço público não porque prestada através de um complexo de meios públicos, mas em razão da natureza da atividade ou tarefa. Assim, é o fato de, num dado momento histórico, corresponder a uma necessidade de interesse geral, se constituir em uma exigência da coletividade, independentemente da organização que exerce esta atividade, o elemento que se encontra por detrás de todas as noções objetivas de serviço público. À aceção material contrapõe-se o sentido formal da noção de serviço público, que considera o regime jurídico que lhe é aplicado, marcado por normas especiais. O serviço público seria aquele prestado sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 46).

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

(...) § 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:

(...) III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - **transporte público coletivo**: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;”

Veja-se, assim, que **a referida Lei expressamente define os serviços de transporte público coletivo como serviços públicos.**

Pois bem. Como se sabe, a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos é dividida entre os entes federativos, conforme as **regras de repartição de competências** descritas na Constituição Federal⁴. Nesse sentido, há competências privativas da União (art. 21), competências concorrentes entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), competências municipais (art. 30) e competências residuais dos Estados (art. 25, § 1º).

A titularidade dos serviços de transporte público coletivo foi compartilhada pela Constituição entre todos os entes da Federação. Assim é que, de acordo com o texto constitucional, compete à **União** estabelecer as diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, IX), legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI), assim como prestar os **serviços interestaduais e internacionais** (art. 21, XII, “e”)⁵.

⁴ Tal como ensina Hely Lopes MEIRELLES, “a repartição das competências para a prestação de serviço público ou de utilidade pública pelas entidades estatais – União, Estado, Distrito Federal, Município – opera-se segundo critérios técnicos e jurídicos, tendo-se em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados.” **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 361.

⁵ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IX - diretrizes da política nacional de transportes; (...) XI - trânsito e transporte;”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Em relação aos **Municípios**, a Constituição atribui-lhes a competência para *“organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os **serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial**”*⁶ (art. 30, inciso V, CF).

Os **Estados**, por sua vez, são residualmente competentes para os serviços que não sejam de competência da União e nem dos municípios (cf. art. 25, §1^o7), o que significa dizer que, no âmbito dos serviços de transporte, cabe aos Estados a prestação dos **serviços de transporte intermunicipais**.

Em consonância com o disposto pelo texto constitucional, a Lei Federal nº 12.587/12, institui e disciplina a aplicação da Política Nacional de Mobilidade Urbana. De acordo com o mencionado diploma legal, compete à União *“prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público interestadual de caráter urbano”* (art. 16, VII); aos Estados *“prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano, em conformidade com o § 1º do art. 25 da Constituição Federal”* (art. 17, I); e, aos Municípios *“prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial”* (art. 18, II).

Para os fins do presente Parecer, interessam-nos especialmente as competências relacionadas ao transporte municipal e intermunicipal, considerando-se que as travessias realizadas pela Consulente no âmbito do reservatório Billings envolvem deslocamentos entre trechos compreendidos nas áreas dos Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo.

⁴ Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;”.

⁶ Vê-se, neste ponto, que a própria Constituição reconhece a essencialidade dos serviços de transporte coletivo à qual há pouco me referi.

⁷ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Destaco, nesse sentido, que as previsões das **Leis Orgânicas dos Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo** reconhecem a essencialidade dos serviços de transporte locais e avocam para as respectivas Municipalidades a competência para a sua organização e execução:

Lei Orgânica do Município de São Paulo

“Art. 172 - Compete à Prefeitura planejar, organizar, implantar e executar, diretamente ou sob regime de concessão, permissão, ou outras formas de contratação, bem como regulamentar, controlar e fiscalizar o **transporte público, no âmbito do Município.**”

Lei Orgânica do Município de São Bernardo do Campo

“Art. 14 Ao Município compete prover a tudo quanto diga respeito ao seu peculiar interesse e ao bem-estar de sua população, cabendo-lhe privativamente, dentre outras, as seguintes atribuições:

(...) XXXVI - **promover os seguintes serviços:**

(...) c) **transportes coletivos estritamente municipais;**

Art. 169 Compete ao Município, na sua área de competência, **ordenar, planejar e gerenciar a operação dos transportes coletivos municipais**, como direito fundamental da coletividade, de acordo com as seguintes diretrizes: (...)”

Não restam dúvidas, portanto, do enquadramento destas atividades como serviços públicos. Também não parece haver qualquer questionamento quanto ao fato de que tais serviços públicos incumbem ao Estado quando envolver deslocamento intermunicipal e aos Municípios quando desempenhados dentro do seu território.

Do enquadramento do transporte público coletivo como serviço público decorre a **obrigatoriedade de sua disponibilização pelo ente titular dos serviços**, a

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

partir do reconhecimento de sua importância para sociedade⁸. De acordo com o artigo 175 da Constituição Federal⁹, é **dever da Administração prestar os serviços públicos**, de forma adequada, assegurando sua “*regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*” (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.987/95¹⁰).

Para tanto, faculta-se ao Poder Público a **prestação direta dos serviços (prestação centralizada) ou a sua delegação a terceiros, por meio de concessão ou permissão (prestação descentralizada)**. No presente caso, interessa-nos, especialmente, esta segunda hipótese, motivo pelo qual passo a analisar a seguir alguns aspectos do regime jurídico incidente sobre as delegações de serviços públicos que considero relevantes para o caso em tela.

⁸ A relevância da atividade para a sociedade é traço marcante nas definições sobre serviço público. Nesse sentido, mencione-se lição de Marçal JUSTEN FILHO: “*Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.731). Cite-se, ainda, a definição trazida por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seu deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 687-689).

⁹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

¹⁰ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

I.2. A formalização da delegação dos serviços públicos

A concessão¹¹, no direito administrativo, compreende um gênero bastante amplo de **arranjos contratuais para delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial, com vistas a atingir determinados objetivos públicos.**

Para que a formação do vínculo contratual entre o Estado e um terceiro se aperfeiçoe é necessária a **observância de um verdadeiro procedimento administrativo formal**, cujas etapas e requisitos variam conforme a utilidade que está sendo concedida.

Isso porque, dada a sua natureza contratual, a concessão só se perfaz pela convergência de interesses, veiculados por manifestações de vontade bilaterais, imprescindíveis para que se constitua o vínculo jurídico entre as partes. Os ritos formais que compõem o procedimento administrativo para a celebração da concessão destinam-se, justamente, a **viabilizar a regular externalização das vontades convergentes do ente público e do concessionário.**

Conforme já me manifestei em outra oportunidade:

“De um lado, o **poder concedente, que externa sua decisão de delegar uma utilidade pública.** Tal decisão pode se dar **por uma manifestação legislativa, uma decisão de órgão colegiado, um ato administrativo emitido por autoridade singular ou um procedimento disciplinado em lei e culminado em um ato.** É fato que essa externalização da decisão de conceder é balizada pelos cânones do direito público, condicionando-se pela lei, **devendo ter publicidade e cumprir eventuais requisitos procedimentais específicos conforme o objeto a ser concedido.** Contudo, se não se traduz numa singela manifestação de vontade, tal decisão não deixa de ser uma manifestação com efeitos jurídicos, preenchendo o requisito de manifesta demonstração de interesse de contratar por parte do poder público.

¹¹ Refiro-me, aqui, a uma acepção ampla de “concessão”, compreendida como o vínculo obrigacional caracterizador da delegação de direitos e obrigações pelo Poder Público a um ente privado, por meio de diferentes instrumentos jurídicos.



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Do lado do particular, a manifestação de vontade se revela ou pela **apresentação de oferta vinculante num processo licitatório**, ou pela apresentação de requerimento firme nos casos em que a concessão não for necessariamente precedida de licitação. Ao fazê-lo, o privado emite a **declaração necessária para que se perfaça o acordo em torno da delegação**. Sem essa disposição em aceitar o objeto da concessão, nos termos definidos na lei e no ato da administração, não haverá pacto concessório.

Externadas as duas declarações, a concessão só se perfaz com a formalização do respectivo instrumento.¹²

Mais do que veículo de manifestação da vontade das partes, a observância de determinados procedimentos formais para a delegação de serviços públicos é **condição essencial de validade do negócio jurídico ao final produzido**. É como bem ensina Marçal JUSTEN FILHO:

“Para outorgar-se concessão ou permissão, deverão produzir-se inúmeros atos jurídicos, todos com forma escrita. Assim, deverá haver uma lei. O poder concedente deverá seguir um procedimento administrativo, que se retratará nos correspondentes autos. Haverá um ato convocatório de licitação. Enfim, será firmado um contrato – vale dizer, as partes lançarão suas assinaturas num instrumento contratual. Portanto, não basta a mera existência de um instrumento escrito. Esse instrumento será inválido, se não tiver sido antecedido da prática dos atos necessários, impostos por lei. **Como regra, a infração ao devido procedimento administrativo acarretará vício insanável.**”¹³

Os **ritos formais** que devem ser observados para a delegação de serviços públicos equivalem a uma sucessão de atos predeterminados, logicamente estruturados em lei e voltados ao cumprimento de finalidades e objetivos específicos (tais como a seleção da proposta mais vantajosa e a garantia da isonomia entre os licitantes).

¹² **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp 147-148.

¹³ **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, pg. 314. No mesmo sentido, a lição de Hely Lopes MEIRELLES, segundo o qual *“a ausência de contrato escrito, a falta de requisitos essenciais e outros defeitos de forma podem viciar a manifestação de vontade das partes e comprometer irremediavelmente o conteúdo obrigacional do ajuste. (...) E assim é porque a forma, em Direito Administrativo, é exigência inarredável, por representar uma garantia para os administrados e para a própria Administração.”* **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 225.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Tais atos consubstanciam-se, essencialmente, no **procedimento licitatório** instaurado pela Administração para a seleção do parceiro privado, o qual é obrigatório nos casos de delegação de serviços públicos por concessão ou permissão, conforme expressa disposição constitucional¹⁴.

O regime jurídico da licitação nas concessões de serviço público em geral (concessão comum) vem prescrito na **Lei Federal nº 8.987/1995**. As normas deste diploma legal, contudo, não são exaurientes da matéria, razão pela qual se aplicam, de maneira subsidiária, as previsões da **Lei Federal nº 8.666/93**.

Há duas etapas fundamentais para a promoção da licitação. Num primeiro momento (fase interna), cabe à Administração produzir internamente atos destinados à estruturação do certame. É neste momento que o ente público analisa a necessidade e conveniência da outorga dos serviços à iniciativa privada, verifica a presença de todos os requisitos e pressupostos legais para tal, estrutura o modelo da contratação, definindo seus aspectos essenciais (objeto da concessão, prazos, locais, etc.), bem como elabora os atos administrativos indispensáveis (tais como estudos, projetos e o próprio ato convocatório).

Tomadas estas providências, passa-se, num segundo momento, à fase externa da licitação, na qual se desenvolve um conjunto de atividades administrativas destinadas à seleção do futuro contratado. O primeiro passo nesse sentido é a publicação de ato administrativo pelo ente titular do serviço público a ser concedido, *"justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo"* (cf. art. 5º da Lei nº 8.987/95). Devem ser divulgados também o edital de licitação e a minuta do contrato de concessão, dando abertura ao certame.

¹⁴ Mais uma vez reproduzo o conteúdo do art. 175 do texto constitucional: *"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."* No mesmo sentido, a previsão do art. 14 da Lei nº 8.987/95: *"Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório."*



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Na sequência, são realizadas a apresentação, abertura e julgamento das propostas dos licitantes. Após a divulgação do resultado final, passa-se à homologação do certame e à adjudicação do contrato ao licitante vencedor. Por fim, cabe apenas a formalização da contratação mediante a celebração do respectivo contrato de concessão.

Destaque-se, nesse sentido, que a Lei nº 8.987/95 estabeleceu expressamente que **a outorga dos serviços públicos deve ser necessariamente formalizada por meio de contrato**, nos termos dos artigos 4º e 40 da Lei nº 8.987/95:

“Art. 4o A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, **será formalizada mediante contrato**, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.”

“Art. 40. A permissão de serviço público **será formalizada mediante contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.”

A formalização da delegação da prestação de serviços públicos por contrato também é exigida no âmbito dos convênios ou consórcios públicos constituídos para a gestão associada de serviços desta natureza, seja por meio de **contrato de programa** (cf. art. 13 da Lei nº 11.107/2005¹⁵), seja por **contrato de concessão, permissão ou autorização concedida a um agente privado** (cf. art. 2º, §3º, desta mesma Lei¹⁶).

Saliento também o fato de que o instrumento contratual deve ser celebrado sob a **forma escrita**, tendo em vista que, salvo as hipóteses legais expressamente

¹⁵ “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.”

¹⁶ Art. 2º, § 3º: “Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

previstas, é nulo de nenhum efeito o contrato verbal celebrado com a Administração Pública (nos termos do art. 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

Pois bem. Tais considerações foram trazidas à baila para demonstrar o longo caminho que deve ser perseguido pela Administração para a regular contratação, o qual é composto por um conjunto amplo de procedimentos e ritos formais a serem cumpridos por expresso comando legal. Sintetizada numa breve conclusão, tem-se que **a concessão (em sentido amplo) da prestação de serviços públicos depende necessariamente de prévia outorga formal do objeto concedido pelo Poder Público em favor do concessionário, precedida de licitação e formalizada por meio de contrato escrito.**

Vale lembrar que a correta observância de todas as etapas deste processo administrativo formal é condição imprescindível para a validade do vínculo obrigacional constituído entre o poder concedente e o concessionário.

II. ESPECIFICIDADES DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESTATAL PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como dito no item anterior, impõe-se à Administração Pública a disponibilização dos serviços públicos de sua titularidade à coletividade, o que pode ser feito tanto por meio da execução centralizada, quanto pela prestação descentralizada destes serviços. Uma das alternativas para tanto é a transferência da execução de determinado serviço público para **empresa estatal** que explore atividade econômica daquele determinado setor.

Nesta hipótese, dada a natureza híbrida do regime jurídico incidente sobre tais empresas, a outorga e prestação dos serviços públicos devem observar algumas regras específicas, distintas daquelas que regem a contratação de entidade privada para a concessão de serviço público.



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Por tal razão é que traçarei a seguir breves considerações sobre algumas especificidades da outorga dos serviços públicos para estas entidades estatais, que julgo relevantes para os fins deste Parecer. Refiro-me, especificamente, (i) aos procedimentos formais para a transferência da prestação dos serviços; (ii) ao necessário cumprimento das finalidades sociais da empresa; e (iii) os deveres de transparência a serem observados pela companhia estatal.

II.1. Dispensa de licitação: outorga dos serviços públicos por lei ou contrato

A descentralização da prestação de serviços públicos em favor de empresa estatal consiste, substancialmente, numa **técnica de gerenciamento da atividade pública**, por meio da qual se atribui à entidade da Administração indireta o exercício de competências e funções próprias do ente titular.

Diferentemente do que ocorre na delegação de serviços públicos à iniciativa privada, a outorga de serviços desta natureza em favor de empresa estatal¹⁷ não se dá por meio de prévio procedimento licitatório, sendo realizada **diretamente por lei ou contrato**.

É que, na realidade, não está a Administração Pública em busca da proposta mais vantajosa e nem tem o ente público a obrigação de conferir oportunidade a todos os particulares interessados para participar da futura contratação. Trata-se,

¹⁷ Há, neste ponto, distinção conceitual entre “outorga” e “delegação”. De um lado, a outorga pressupõe a delegação legal da titularidade de um serviço ou utilidade pública pelo Estado à entidade criada, também por lei, para este fim específico. De outro, a delegação importa na transferência, por contrato ou ato unilateral (tal como no caso das autorizações) da mera execução do serviço à entidade que não integra a sua estrutura administrativa, para que esta preste o serviço ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal. Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

meramente, da descentralização de uma atividade pública, por razões organizacionais. Não há, por isso, necessidade de prévia licitação, o que, aliás, nem seria possível.

Tanto é assim que a própria Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) inclui, dentre as hipóteses de dispensa de licitação, “a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico” (art. 24, inciso VIII).

Evidente, portanto, que o mencionado dispositivo “dá respaldo à ‘contratação direta’ entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada, cujo objeto seja a prestação de serviços públicos”. Afinal, não teria cabimento que após a criação de entidade para este fim específico “fosse imposta a obrigatoriedade de licitação, eis que a empresa estatal se configura como uma simples solução de organização administrativa. Tal empresa não atua no mercado, não presta serviços nem fornece bens a terceiros. A razão de sua existência é atender às necessidades do sujeito estatal que promoveu a sua criação. Logo, não é cabível a licitação”.¹⁸

A ausência da obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório não significa, contudo, que não deva haver a observância de um procedimento administrativo formal para a outorga dos serviços em favor de empresa estatal.

Como já dito, exige-se, para tanto, a **edição de lei específica**¹⁹ que atribua a execução dos serviços públicos para determinada entidade da Administração indireta integrante da estrutura administrativa do ente titular dos serviços (delegação legal),

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 425.

¹⁹ Neste caso, a própria lei de criação da empresa estatal prevê a outorga da prestação dos serviços públicos, que consiste, justamente no objeto social da empresa. Destaco, nesse sentido, a previsão do art. 173 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;”.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ou, ainda, a **celebração de contrato escrito com o ente titular**, na hipótese em que a empresa estatal pertença a outro ente da Federação (delegação contratual)²⁰.

A respeito deste último caso, mencione-se que após a edição da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (Lei de Consórcios Públicos), passou-se a exigir que a delegação de serviços públicos entre entes da Federação seja feita por meio de **contrato de programa**, devidamente precedido de **consórcio público ou convênio de cooperação**²¹. Apenas então é que os serviços poderão ser descentralizados em favor de companhia estatal. A exigência de formalização, por lei ou contrato, da delegação da prestação de serviços públicos em favor de empresa estatal é reforçada pela previsão do art. 8º, §2º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016. Tal dispositivo estabelece a obrigatoriedade de que os encargos e responsabilidades assumidos por empresa estatal em condições distintas às demais empresas do mercado estejam "claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos".

Bastante claro, portanto, que **também para a outorga de serviços públicos em favor de empresa estatal se exige a observância de determinados procedimentos**

²⁰ Esta distinção é bem explicada por Hely Lopes MEIRELLES, segundo o qual: "No que diz respeito às empresas estatais prestadoras de serviço público, não existe entre elas e a entidade estatal a que pertencem a relação jurídica de concessão de serviço público. A lei que autoriza a instituição da empresa pública já estabelece as suas finalidades, sendo impertinente a existência de contrato entre a entidade estatal criadora e sua empresa. (...) Só há concessão quando a empresa governamental presta serviço público de competência de outra entidade estatal que não aquela a que pertence. É o caso, v.g., das empresas estaduais de energia elétrica, serviço público de competência da União; ou de empresa de saneamento do Estado-membro, concessionária dos serviços públicos de água e esgoto de Municípios. Quando a empresa governamental presta serviço público de competência da própria entidade que a criou não há concessão, há simplesmente outorga legal." **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 384.

²¹ É o que prevê o art. 13, caput, do mencionado diploma legal: "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."

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

formais, ainda que dispensada a licitação. Dito por outras palavras, em que pese não haver necessidade de instauração de procedimento licitatório para a seleção do futuro contratado, **é imprescindível a formalização da outorga por lei ou contrato.**

II.2. Compatibilidade com o objeto social

Importante aspecto a ser destacado diz respeito à **vinculação da empresa estatal ao cumprimento das finalidades sociais previstas na sua lei de criação.** Trata-se de exigência que decorre do próprio texto constitucional, cujo art. 173 assim dispõe:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º **A lei estabelecerá** o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua **função social** e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;”²²

Conforme se depreende da leitura do dispositivo acima transcrito, cabe à lei instituidora da empresa estatal a definição da missão pública inerente à companhia, de tal forma a detalhar os seus propósitos e suas principais linhas de ação. Veja-se que não se trata de mera exigência formal, mas de requisito que serve tanto para justificar a intervenção do Estado no domínio econômico (o que somente é admissível nas

²² Tal previsão é reforçada pelos art. 2º, §1º, e 27 da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais): “Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. § 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal. (...) Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a **função social** de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

hipóteses expressamente previstas na Constituição), quanto para viabilizar o controle finalístico da atuação da empresa no mercado.

Uma vez delimitada a função social da companhia, obriga-se a empresa a atuar nos estritos limites da missão pública que lhe foi legalmente atribuída. Assim é que **todas as atividades desempenhadas por ela deverão ser compatíveis com o seu objeto social**, a fim de assegurar o cumprimento dos interesses públicos que justificaram a sua criação.

Ora, tal não poderia ser diferente. Afinal, ao criar uma empresa estatal, o Estado institui toda uma estrutura à qual destina parte de seus recursos para o alcance de determinados interesses públicos. A presença dessa finalidade legal importa na incidência de um regime jurídico especial, que derroga a aplicação de parte das normas de direito privado. O patrimônio da empresa, por exemplo, ganha destinação especial, para a consecução dos fins estatutários da companhia.

Trago aqui ensinamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a respeito do tema:

“Finalmente, a vinculação aos fins definidos na lei instituidora é um traço comum a todas as entidades da Administração Indireta e que diz respeito ao princípio da especialização e ao próprio princípio da legalidade; se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinou-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender finalidade diversa.”²³

Tamanha é a importância da vinculação da atuação destas empresas ao seu objeto social que a Lei nº 13.303/2016 incrementou o regime jurídico das estatais neste ponto, ao prever uma série de requisitos e procedimentos de observância obrigatória, voltados justamente a garantir a vinculação da atuação da companhia à sua função pública. Menciono, como exemplo, a previsão do art. 8º, inciso I, do mencionado diploma legal:

²³ **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 511.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

"Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - **elaboração de carta anual**, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a **explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações**, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

(...)

§ 1º O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do **alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas**, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput."

Claro está, portanto, que a atuação das empresas estatais restringe-se às atividades compreendidas no seu objeto social, imprescindíveis para o alcance das finalidades e interesses públicos que devem ser perseguidos pela companhia.

Isso significa dizer que, **no que concerne à prestação de serviços públicos, às empresas estatais só poderá ser designada a execução de serviços que tenham pertinência com a área de atuação da companhia**. Ou, dito de outro modo, **o Poder Público somente poderá outorgar determinado serviço público para empresa estatal que atue naquele setor específico**, de tal forma que as atividades atreladas à prestação do serviço outorgado estejam compreendidas no objeto social da companhia.

Saliente-se que a eventual incompatibilidade entre as atividades desempenhadas e a função social da empresa estatal caracteriza **desvio de finalidade**²⁴, uma vez que se está a usurpar toda a estrutura societária (aí inclusos os

²⁴ Conceito este que é assim definido por Celso Antonio Bandeira de Mello: "Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente evade-se do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito

bens, recursos e pessoal) da empresa para atingir fim diverso daquilo que autorizado por lei, em detrimento do alcance das finalidades legais que devem ser perseguidas pela companhia.

II.3. Requisitos especiais de transparência

A Lei Federal nº 13.303/2016 impôs às empresas estatais o encargo de dar cumprimento a determinados requisitos de transparência quanto às atividades desempenhadas pela companhia, bem como à sua situação financeira e contábil.

Trata-se de aspecto central do regime jurídico estabelecido pelo mencionado diploma legal, que endureceu e detalhou as regras de governança aplicáveis às empresas estatais, apropriando-se, inclusive, de diversos mecanismos da legislação societária.

Em linha com práticas já tradicionais no setor privado e com a recente preocupação de moralizar a atuação destas empresas, o Estatuto trouxe **regras focadas na transparência**, cujos requisitos mínimos foram arrolados pelo art. 8º da Lei.

De maneira geral, impõe-se às empresas estatais o dever de dar publicidade aos atos e informações relevantes a respeito da atuação da empresa no exercício de suas funções sociais, que comprovem o cumprimento das finalidades públicas que justificaram a sua criação. Isso envolve a divulgação de informações relacionadas às atividades executadas, à aplicação dos recursos, à atuação dos dirigentes da companhia em conformidade com as regras de governança, dentre outros.

Destaco, aqui, a previsão do §2º do art. 8º do Estatuto das Empresas Estatais, que estabelece a **obrigatoriedade de divulgação (i) do fundamento jurídico**

*cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. (...) Tratando-se, como se trata, de comportamento que desgarra do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei." **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 120.*



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

normativo (lei, regulamento, ou instrumento contratual) e (ii) das receitas e despesas atreladas às obrigações e responsabilidades assumidas pela companhia em condições distintas das demais empresas do mercado, nos seguintes termos:

“§ 2o Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, **observada a ampla publicidade desses instrumentos;**

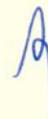
II - ter seu custo e suas receitas discriminados e **divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.**”

Assim é que, caso uma empresa estatal venha a assumir a prestação de um serviço público, por outorga legal ou contratual concedida pelo ente titular, tem a companhia o dever de dar ampla publicidade às normas e eventuais ajustes contratuais celebrados no âmbito da execução dos serviços delegados, bem como divulgar, em suas demonstrações contábeis, todos os dados operacionais e financeiros atrelados à consecução destes serviços.

III. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE POR BALSAS PELA EMAE

III.1. Inexistência de outorga formal dos serviços

O Contrato de Concessão nº 02/2004-ANEEL celebrado entre a Consultante e a União tem por objeto a outorga, em favor da EMAE, do direito de exploração do potencial de energia hidráulica das usinas hidrelétricas concedidas (Rasgão, Henry Borden e Porto Góes), para fins de geração de energia elétrica.



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Trata-se, portanto, de típico contrato de concessão do setor de energia elétrica, regulado pela União (por intermédio do Ministério de Minas e Energia – MME) e pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Não há no Contrato de Concessão qualquer disposição atribuindo à concessionária a obrigação de prestar os serviços de transporte de passageiros e veículos no Reservatório Billings – como não haveria de ser, aliás, considerando-se que as atividades compreendidas no escopo deste ajuste correspondem àquelas estritamente vinculadas ao seu objeto principal (geração de energia elétrica) e a União despossui competências sobre o transporte intra ou intermunicipal.

A prestação destes serviços pela EMAE, portanto, extrapola o rol de obrigações legais e contratuais assumidas pela Consulente no âmbito do Contrato de Concessão, carecendo de fundamento normativo.

Trata-se de situação que caracteriza a irregularidade na prestação dos serviços pela Consulente e, mais do que isso, implica uma série de riscos à EMAE.

Destarte, a inexistência de previsão legal ou contratual que fundamente juridicamente a execução das atividades de transporte pela EMAE implica a **delegação da prestação de um serviço público (notadamente, o transporte público coletivo) à empresa estatal sem a devida outorga formal.**

Trata-se, como visto no item I.2. deste Parecer, de circunstância que afronta o disposto pela Constituição Federal, pela Lei nº 8.987/1995 e pela Lei nº 11.107/2005, que exigem a observância de um procedimento administrativo (rito formal) para a delegação de serviços públicos, culminando na formalização do respectivo contrato escrito.

Ainda, em se tratando a Consulente de empresa estatal, há afronta à previsão específica da Lei nº 13.303/2016, segundo a qual as obrigações e responsabilidades assumidas por empresa desta natureza em condições distintas das

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

demais companhias do setor privado devem, obrigatoriamente, “*estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las*” (cf. art. 8º, §2º, I).

Tal não foi, contudo, o que ocorreu no caso em tela, uma vez que a EMAE, ao celebrar o Contrato de Concessão com a União, simplesmente passou a assumir a execução de um serviço que, até então, era prestado por antiga concessionária, **sem que tal atividade estivesse compreendida no escopo do objeto contratado – ou seja, sem que tenha havido a devida outorga formal da sua prestação pelo ente titular dos serviços.**

Veja-se que a prestação “de fato” dos serviços de transporte por concessionária de energia elétrica até poderia ser admitida num contexto anterior à edição da Constituição Federal de 1988. Entretanto, com o advento da atual norma constitucional, assim como da Lei de Concessões e Serviços Públicos e da Lei de Consórcios Públicos, tal situação tornou-se juridicamente ilícita.

Por tais razões, conclui-se pela **ilegalidade da execução das atividades de transporte por balsas pela EMAE**, o que, inclusive, pode gerar a responsabilização da empresa e de seus administradores.

III.2. Incompetência da União para outorgar os serviços

Conforme visto no item I.1., as atividades de transporte público coletivo local são serviços públicos de competência municipal, enquanto que os serviços de transporte intermunicipal são atribuição do Estado. Por tal razão, têm o Estado e o Município a competência – de fato, o dever – de prestar, diretamente ou indiretamente, essas atividades, disponibilizando-as à coletividade, nos termos dos artigos 25, §1º, 30, inciso V, e 175, da Constituição Federal.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Importante salientar que a promoção de eventual descentralização dos serviços públicos pressupõe, necessariamente, a titularidade da competência para prestá-los. Isso significa dizer que somente o ente público titular dos serviços é que pode decidir qual será a forma de sua execução e, optando pela prestação descentralizada, apenas ele (o ente titular) é que poderá promover a respectiva delegação.

No caso em pauta, tem-se, portanto, que somente o Estado de São Paulo e os Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo – titulares dos serviços de transporte público coletivo por intermédio de balsas nos trechos do Reservatório Billings – é que teriam competência para delegar a execução destas atividades a terceiros.

Daí porque ainda que a obrigação de disponibilizar as travessias por balsas à coletividade estivesse compreendida no escopo do Contrato de Concessão celebrado com a EMAE (o que, como visto, não ocorre), sua prestação seria ilegal, considerando-se que a União não tem competência para delegar a prestação de um serviço de titularidade municipal/estadual.

Vale lembrar que o vínculo obrigacional existente entre a União e a Consulente em relação à sua atuação no âmbito do Reservatório Billings concerne à exploração do potencial hidráulico das usinas hidrelétricas ali existentes, para o fim específico de geração de energia elétrica.

Afinal, é a União o ente federativo titular dos potenciais de energia hidráulica (cf. art. 20, VIII, da CF/88²⁵), donde decorre a sua competência para explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (nos termos do art. 21, XII, b da CF/88).

²⁵ “Art. 20. São bens da União: (...) VIII - os potenciais de energia hidráulica;”.

A.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Por expressa disposição legal, estas competências são exercidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL²⁶, agência reguladora federal que atua na regulação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes emitidas pelo governo federal.

A disponibilização dos serviços de transporte público coletivo intra e intermunicipal, contudo, foge à esfera de responsabilidade do ente federal e dos órgãos e entidades a ele vinculados, considerando a divisão de competências federativas estabelecida pelo texto constitucional. Por tal motivo, não poderia a União (e nem a ANEEL) outorgar a execução destes serviços à Consulente, no âmbito da relação jurídica estabelecida entre as partes por meio do Contrato de Concessão de energia elétrica.

Entendimento em sentido contrário implicaria em **notória afronta ao princípio federativo**, uma vez que estaria a União usurpando competência própria dos Estados e Municípios.

Trata-se, aliás, de conclusão que encontra respaldo na jurisprudência pátria. Destaco, nesse sentido, decisão da E. 1ª Vara Federal de Limeira/SP²⁷ que declarou a **nulidade de contrato de concessão celebrado entre a União, por intermédio da ANEEL, e empresa concessionária de energia elétrica, tendo incluído em seu objeto**

²⁶ Destaco, nesse sentido, a previsão do art. 3º, incisos II e IV, da Lei Federal nº 9.427/1996, que instituiu a ANEEL: “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (...) III - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;”.

²⁷ 1ª Vara Federal de Limeira, Processo nº 0010971-69.2013.403.6143, juiz federal substituto Marcelo Jucá Lisboa, julgado em 22.07.2014.



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

a **concessão dos serviços de iluminação pública**. Conforme se depreende da decisão exarada, a nulidade do contrato em questão decorre do fato de que tais serviços são de **titularidade municipal**, nos termos do art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

Veja-se, nessa linha, o seguinte trecho da mencionada decisão:

“Nesse diapasão, parece-me que o contrato de concessão celebrado entre a União, por intermédio da ANEEL, e a empresa concessionária de energia elétrica, ao incluir, em seu objeto, a concessão do serviço de iluminação pública, como se extrai do seu Anexo IV, mediante a fixação da tarifa B4, incorreu em **nulidade de pleno direito, na medida em que frontalmente violador do pacto federativo, eis que infringiu, no ponto, a autonomia municipal**, que, muito mais que um direito dos municípios, revela-se como elemento conceitual de sua posição federativa, constitucionalmente consagrada, de onde se conclui que sequer seria possível ao município demitir-se de tal competência por vontade própria.

É dizer: o contrato de concessão celebrado entre a 1ª ré e a 2ª, no que tange ao serviço de iluminação pública, por importar em frontal violação ao inciso V do art. 30 da Constituição Federal mediante indevida usurpação da competência municipal, ressentese de manifesta nulidade.”

Resta evidente, portanto, que também do ponto de vista regulatório a prestação dos serviços de transporte por balsas pela Consulente, nos moldes atuais, é irregular.

III.3. Ilegitimidade da EMAE para prestar os serviços

Vislumbro, ainda, outro aspecto que denota a irregularidade da prestação dos serviços de transporte coletivo por intermédio de balsas pela Consulente, dentre as atividades desempenhadas pela empresa no Reservatório Billings.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

É que, como se sabe, a EMAE é empresa estatal (sociedade de economia mista) controlada pelo Estado de São Paulo²⁸, criada com a finalidade específica de atuar na geração de energia elétrica.

Há, neste ponto, uma **irregularidade de dimensão política**, que revela a ilegitimidade da EMAE para a execução destes serviços públicos de transporte coletivo. Ora, é que, como visto, os entes competentes para organizar e prestar estas atividades dentro do território municipal são os Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo. Incumbe a estas Municipalidades o dever de disponibilizar as travessias por balsas, diretamente ou por concessão ou permissão, à coletividade local.

Relembre-se, aqui, que, nos termos da Lei nº 11.107/2005, a delegação de serviços públicos entre entes da Federação somente pode ser feita por meio de contrato de programa, devidamente precedido de constituição de consórcio público ou da celebração de convênio de cooperação. Somente após o cumprimento destas formalidades é que pode haver a regular delegação de serviços públicos a empresa estatal integrante da Administração indireta de outro ente público que não o titular dos serviços delegados.

Isso significa dizer que a delegação dos serviços de transporte intramunicipal à EMAE deveria ser, necessariamente, precedida da celebração de contrato de programa entre o Estado de São Paulo (que controla a companhia) e os Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo (titulares do serviço em questão) – o que, contudo, não ocorreu.

Na realidade, por meio do atual modelo de prestação dos serviços, os referidos Municípios acabam por se valer de empresa estatal estadual para dar cabo de atribuições que lhe competem, por expressa disposição constitucional, sem que sequer haja outorga formal dos serviços em questão, nem por lei, nem por contrato.

²⁸ Nos termos do art. 1º do Estatuto Social da EMAE: "A sociedade por ações denominada EMAE - Empresa Metropolitana de Aguas e Energia S.A. é parte integrante da administração indireta do Estado de São Paulo, regendo-se pelo presente estatuto, pela Lei federal no 6.404/76 e demais disposições legais aplicáveis."



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Tem-se, com isso, a seguinte situação: empresa estatal criada pelo Estado de São Paulo, alimentada com recursos públicos do ente estadual, prestando atividade de competência municipal, sem a devida delegação formal pelo ente titular dos serviços e, pior ainda, sem qualquer remuneração por parte dos Municípios.

Ora, é patente a irregularidade da presente situação, especialmente no que toca à **ilegitimidade da EMAE, na qualidade de sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo, de executar serviços públicos de titularidade municipal, sem a devida contratação formal.**

Admitir-se o contrário seria reconhecer a possibilidade de que o Município se valesse de estrutura e recursos do Estado para dar cabo de funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal. Não se cogita, porém, de tal hipótese, que não apenas não encontra respaldo na ordem jurídica brasileira, como também importa em notória afronta ao princípio federativo.

De se mencionar, ainda, que a Lei nº 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) alterou a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) para incluir no rol de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário a **prestação de serviços públicos por meio de gestão associada (consórcio ou convênio) sem a devida observância das formalidades previstas em lei**²⁹.

Trata-se de previsão que reforça a ilegalidade da atual situação vivenciada pela EMAE e que indica, inclusive, a **possibilidade de responsabilização dos agentes públicos envolvidos pela prática de ato ímprobo.**

²⁹ Assim dispõe o art. 10, inciso XIV da Lei nº 8.429/1991: "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;".



III.4. Desvio de finalidade

Para além da já citada ilegitimidade da EMAE, há que se considerar, ainda, o fato de que a prestação de serviços de transporte público coletivo sequer é compatível com o objeto social da empresa.

Saliento, a este respeito, que a Lei Estadual nº 9.361/1996 criou o Programa Estadual de Desestatização e dispôs, dentre outros assuntos, acerca da reestruturação societária e patrimonial das companhias do setor energético. Para o caso específico da Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S.A., então concessionária de energia elétrica do Estado paulista, previu-se a sua cisão, mediante a criação de empresas dedicadas à geração, distribuição e transmissão de energia elétrica³⁰.

Nesse contexto, após a aprovação da cisão parcial da Eletropaulo pelo então Governador do Estado, criou-se a EMAE, destinada especificamente à geração de energia elétrica, segundo as finalidades específicas previstas em seu estatuto social, as quais reproduzo a seguir:

“ARTIGO 2º - Constitui objeto da sociedade:

I- estudar, planejar, projetar, construir, operar e manter sistemas de produção, armazenamento, conservação e comercialização de energia, convencional ou alternativa, para si ou para terceiros;

II- estudar, planejar, projetar, construir, operar e manter sistemas de tratamento e destinação de resíduos urbanos e industriais, para fins de geração de energia;

³⁰ Assim previu o art. 20, inciso III, da mencionada Lei: “Artigo 20 - Fica o Poder Executivo autorizado a adotar as providências necessárias para a criação de sociedades coligadas, controladas ou subsidiárias integrais da Companhia Energética de São Paulo — CESP, da Companhia Paulista de Força e Luz — CPFL e da Eletropaulo — Eletricidade de São Paulo S. A., a serem constituídas sob a forma de sociedades anônimas, de conformidade com o Anexo I desta lei, observados os seguintes limites máximos: (...) III - a Eletropaulo — Eletricidade de São Paulo S. A. poderá promover a criação de até: a) 1 (uma) sociedade dedicada à geração de energia elétrica; b) 6 (seis) sociedades dedicadas à distribuição de energia elétrica; e c) 1 (uma) sociedade dedicada à transmissão de energia elétrica.”

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

- III- estudar, planejar, projetar, construir, manter e operar barragens de acumulação, sistemas hidráulicos e outros empreendimentos, destinados ao aproveitamento múltiplo das águas, para si ou para terceiros;
- IV- estudar, elaborar, projetar, executar, explorar ou transferir planos e programas de pesquisa e desenvolvimento que visem qualquer tipo ou forma de energia, bem como de outras atividades correlatas à tecnologia disponível, quer diretamente, quer em colaboração com órgãos estatais ou particulares;
- V- explorar, isoladamente ou em participação com outras sociedades, atividades derivadas da utilização subsidiária dos bens materiais ou imateriais de que é detentora em razão da natureza essencial da sua atividade e, inclusive exploração de recursos naturais, bem como a prestação de serviços que, direta ou indiretamente, se relacione com o seu objeto;
- VI- prestar outros serviços de natureza pública ou privada, inclusive serviços de informática e de sistemas de telecomunicações, mediante a exploração de sua infraestrutura, com o fim de produzir receitas alternativas, complementares ou acessórias;
- VII- contribuir, no âmbito de suas atividades, para a preservação do meio ambiente, diretamente ou por meio de parcerias com o setor Público, com a sociedade civil organizada, ou com organizações internacionais, estimulando e desenvolvendo a educação ambiental em sua área de concessão, além de participar em programas sociais de interesse comunitário;
- VIII- participar, em associação com terceiros, de empreendimentos que propiciem melhor aproveitamento de seu patrimônio imobiliário;
- IX- armação e tráfego de embarcações na navegação interior, fluvial e lacustre.
- X- constituir subsidiárias para explorar fontes alternativas ou renováveis para geração de energia."

A leitura do dispositivo estatutário acima transcrito revela, com bastante clareza, que o objeto social da EMAE restringe-se à execução de atividades diretamente relacionadas à exploração de potenciais hidráulicos para o fim específico de geração de energia elétrica.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Faço aqui breve nota a respeito da previsão do inciso IX do art. 2º do Estatuto Social da companhia, que inclui, dentre os escopos da sociedade, a “*armação e tráfego de embarcações na navegação interior, fluvial e lacustre*”. Uma leitura desatenta deste dispositivo poderia conduzir à errônea conclusão de que esta previsão estatutária abarcaria as travessias operadas pela Consulente no Reservatório Billings.

O tráfego de embarcações marítimas ou fluviais não se confunde, contudo, com o transporte de passageiros e veículos por intermédio de balsas. Absolutamente não. Ora, é certo que a previsão do Estatuto Social da EMAE deve ser lida e interpretada de forma estrita e em conjunto com as demais disposições estatutárias, que indicam, como já dito, a área de atuação da companhia.

Não restam dúvidas quanto ao fato de que, ao mencionar o tráfego de embarcações, o Estatuto refere-se às navegações realizadas pela EMAE que se façam necessárias ao desempenho das atividades atreladas ao escopo de exploração do potencial hidráulico dos rios e reservatórios concedidos e à geração de energia elétrica. Tal não se confunde com o transporte público coletivo de passageiros e veículos de um trecho a outro do Reservatório, por intermédio de balsas – serviço público de transporte destinado à consecução dos objetivos de mobilidade urbana. Ora, uma coisa é uma concessionária de geração de energia elétrica operar uma eclusa na sua usina. Outra – completamente diferente – é esta concessionária decidir prestar um transporte de passageiros e veículos por intermédio de balsas em substituição ao transporte municipal ou metropolitano.

Pois bem. Verificada a ausência de previsão legal ou estatutária para fundamentar a prestação dos serviços públicos de transporte coletivo pela EMAE, conclui-se, forçosamente, que **a realização das travessias por balsas é ilegal, tendo em vista que, por expressa disposição constitucional e legal (art. 173, §1º, I da CF e arts. 2º, §1º, e 27 da Lei nº 13.303/16), a atuação das empresas estatais restringe-se ao alcance de sua função social.**



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Mais do que isso, a aplicação dos recursos da estatal em atividade que foge à esfera de seu objeto social caracteriza, certamente, **desvio de finalidade**. Afinal, se a Consulente não recebe nenhuma contrapartida financeira pela operação e manutenção das balsas (tema este que será objeto de análise específica no item III.5 a seguir), isso significa dizer **a empresa vem aplicando recursos do setor elétrico em atividade atípica e de alto custo, em detrimento dos investimentos que deveriam estar sendo realizados nos ativos de geração de energia elétrica.**

Trata-se, igualmente, de situação vedada pela ordem jurídica, o que denota mais uma irregularidade no atual modelo de prestação dos serviços desempenhados pela EMAE.

III.5. Ausência de remuneração pelos serviços prestados

Não bastassem as irregularidades até aqui mencionadas, há, ainda, o fato de que **a EMAE não é remunerada pela operação, manutenção e ampliação dos serviços de transporte por balsas disponibilizados pela Consulente no Reservatório Billings.**

Isso, pois, tanto não há percepção de receitas tarifárias (já que os serviços são gratuitos), como não há nenhuma contraprestação financeira paga pelo Poder Público como contrapartida pela operação das balsas pela Consulente (muito porque tal atividade sequer foi formalmente outorgada à companhia pelos Municípios titulares dos serviços).

A prestação de serviços públicos por empresa estatal sem a correspondente remuneração é situação que juridicamente não se admite. E isso por duas principais razões.

Em primeiro lugar, porque **tal circunstância é vedada pelo ordenamento jurídico.** Tanto é assim que a Lei nº 8.987/95 estabelece como essenciais ao contrato de concessão as cláusulas que disponham sobre o preço dos serviços e o reajuste das



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

tarifas (cf. art. 23, inciso IV³¹). Ora, como se sabe, é sobretudo da exploração comercial dos serviços concedidos (notadamente, por meio da cobrança de tarifas), que o concessionário ou permissionário extrai a sua remuneração³².

Para além das tarifas, a Lei autoriza, ainda, a **percepção de receitas alternativas, acessórias, complementares ou provenientes da exploração de projetos associados à execução do serviço público concedido**, que complementem a remuneração do particular e contribuam para viabilizar a modicidade das tarifas³³.

Há, também, a **possibilidade de que o Poder Público concedente pague ao concessionário contraprestação financeira pelos serviços prestados**, tal como ocorre, por exemplo, nas concessões patrocinadas³⁴.

³¹ "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas".

³² Trago, mais uma vez, a lição de Marçal JUSTEN FILHO: "Na concessão (permissão), o concessionário (permissionário) extrai sua remuneração da exploração empresarial desenvolvida a partir do serviço público concedido. Incumbe ao concessionário desempenhar as atividades econômicas necessárias ao fornecimento das utilidades em que se traduz o serviço público. Cabe-lhe, ademais disso, oferecer tais utilidades aos potenciais usuários, seguindo as regras de mercado e nos limites da regulação estatal. Isso se traduz, portanto, na transformação do serviço público numa espécie de mercadoria (entendida a expressão em acepção ampla), eis que as utilidades correspondentes serão objeto de comercialização pelo concessionário em face dos potenciais usuários. Como decorrência, a remuneração do concessionário corresponderá à diferença entre o custo necessário a produzir e comercializar o serviço público e o preço correspondente por ele auferido como resultado da exploração." **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, pg. 332.

³³ Menciono, nesse sentido, a previsão do art. 11 da Lei nº 8.987/95: "Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei."

³⁴ O pagamento de contraprestação pública não é elemento exclusivo das concessões patrocinadas, sendo admissível em outras modalidades contratuais, inclusive na concessão comum. Contudo, a obrigação do poder concedente de arcar parcialmente com a remuneração do particular é intrínseca à própria definição das concessões patrocinadas, conforme previsto pelo art. 2º, §1º da Lei nº 11.079/2004, *in verbis*: "Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado."



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Dúvidas não restam, portanto, que o ordenamento jurídico estabeleceu a **obrigatoriedade de remuneração do particular pela prestação dos serviços públicos concedidos**, não sendo admitida, em nenhuma hipótese, a execução destas atividades sem a correspondente remuneração.

Mais do que isso, **a possibilidade de obtenção de lucro pelo particular por meio da exploração comercial dos serviços, equivalente à diferença entre os custos necessários à sua prestação e o preço percebido com o resultado da operação, é, essencialmente, o que justifica o seu interesse na contratação.** Caso contrário, não haveria agentes econômicos privados interessados em assumir, por sua conta e risco, a prestação de um serviço regulado pelo Poder Público sem nenhum retorno econômico.

Dito isso, fica claro que a atual situação – em que a Consulente vem sendo obrigada a prestar os serviços de transporte de passageiros e veículos por balsas no Reservatório Billings, sendo, inclusive, obrigada a realizar investimentos para a melhoria e ampliação das travessias, sem que seja remunerada por nenhuma destas atividades – é juridicamente **inadmissível**.

De se ressaltar que a própria Consulente relatou já ter vivenciado, em ocasiões anteriores, problemas relacionados à ausência de remuneração pela prestação de serviços não compreendidos no escopo do Contrato de Concessão, por questões envolvendo o desassoreamento e a limpeza de rios e canais pela EMAE sem a devida contrapartida financeira – o que conduziu, inclusive, à instauração de processos administrativos e judiciais em face do administrador da companhia. Trata-se de fato que reforça, ainda mais, a irregularidade da presente situação.

III.6. Conclusão: ilegalidade e risco de sancionamento pelos órgãos de controle

A identificação das irregularidades acima apontadas quanto ao atual modelo de prestação dos serviços de transporte coletivo de passageiros e veículos por

A.

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

intermédio de balsas indica uma série de **riscos que vêm sendo indevidamente enfrentados pela Consulente.**

Essencialmente, **é ilegal a execução destes serviços pela EMAE** (i) sem a devida outorga formal (ii) pelo ente titular do serviço, sendo irregular a assunção destas atividades pela Consulente nestas condições, uma vez que se trata de (iii) empresa estatal estadual, (iv) destinada especificamente à geração de energia elétrica, e que não pode desviar a aplicação dos seus recursos na execução de outras atividades, as quais (v) vêm sendo prestadas sem a correspondente remuneração.

Assim é que, para além dos riscos econômicos e financeiros que vêm sendo suportados pela Consulente (em virtude da excessiva oneração da companhia com a operação, manutenção e expansão dos serviços de transporte por balsas), há o **risco de sancionamento por parte dos órgãos de controle, em virtude das irregularidades acima apontadas.**

E este risco agrava-se substancialmente quando considerados os encargos que recaem sobre a Consulente quanto ao **cumprimento de severos requisitos de transparência impostos pela Lei nº 13.303/2016.**

É que, na qualidade de sociedade de economia mista, a EMAE deve atender a regras específicas de transparência no que tange às obrigações e responsabilidades assumidas em condições distintas às demais empresas do setor privado (como visto no item II.3 deste Parecer), conforme previsto pelo art. 8º da Lei nº 13.303/2016.

Destaca-se, nesse sentido, a **obrigação de (i) dar publicidade aos instrumentos jurídicos que fundamentam as obrigações e responsabilidades assumidas pela Consulente nesta condição, bem como de (ii) discriminar e divulgar de forma transparente as despesas e receitas da companhia no desempenho destas atividades.**



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Assim é que, por força do mencionado dispositivo legal, estaria a EMAE obrigada, em tese, a divulgar os acordos firmados com o Estado de São Paulo ou com os Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo para a outorga da prestação dos serviços de transporte por balsas, assim como a declarar, em suas demonstrações financeiras e contábeis, os custos incorridos e as receitas percebidas pela empresa em virtude da prestação destes serviços.

Ocorre que tal não é possível, tanto porque não houve a outorga formal, por contrato, dos serviços em questão pelos entes titulares, como porque a EMAE não está sendo remunerada pelas travessias realizadas.

A despeito disso, continua a Consulente obrigada a discriminar e divulgar, em suas demonstrações contábeis, as despesas da empresa com a execução destes serviços. A publicidade destas informações, contudo, pode ensejar **questionamentos e, até mesmo, a imposição de penalidades em desfavor da EMAE e de seus administradores por parte dos órgãos de controle.**

Logo, atrelado à continuidade da prestação dos serviços pela EMAE está um acentuado risco para a empresa (e para os seus representantes) quanto à **possibilidade de responsabilização pela ausência de formalização da delegação dos serviços e pelo não recebimento de remuneração específica.**

Cumprе reiterar, ainda, que o art. 10, inciso XIV, da Lei de Improbidade Administrativa inclui no rol de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada (consórcio ou convênio) sem a devida observância das formalidades previstas em lei. Como já dito anteriormente, esta previsão reforça a ilegalidade da atual situação vivenciada pela EMAE e indica a **possibilidade de responsabilização dos agentes públicos envolvidos na prática de ato ímprobo.**

Diante de todo o exposto, conclui-se que (i) o atual modelo de prestação dos serviços de transporte por balsas pela EMAE é irregular e por tal razão é que (ii) a sua



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

continuidade pode ensejar a responsabilização da empresa, seus representantes e agentes públicos envolvidos.

IV. RESPOSTA AOS QUESITOS

Diante do exposto, passo a responder objetivamente aos quesitos formulados, nos seguintes termos:

1) Quem é o ente responsável pela prestação dos serviços de transporte público coletivo por balsas no Reservatório Billings?

Por se tratarem de serviços públicos – assim classificados tanto do ponto de vista formal (cf. art. 4º, inciso VI, da Lei Federal nº 12.587/2012), quanto material –, **é de responsabilidade do ente público titular a disponibilização dos serviços de transporte público coletivo à coletividade.**

De acordo com a divisão de competências federativas estabelecida pela Constituição Federal, a prestação dos serviços de transporte público coletivo é atribuição dos Municípios, no âmbito de seu território (art. 30, inciso V); e dos Estados quando o transporte envolver deslocamento intermunicipal (art. 25, §1º).

No caso em tela, os serviços de transporte de passageiros e veículos operados pela EMAE envolvem a realização de travessias por balsas em três trechos do Reservatório Billings, compreendidos no território dos **Municípios de São Paulo e São Bernardo do Campo**. Assim é que a operação das travessias realizadas entre trechos localizados dentro do mesmo município (que é o caso das balsas Bororé e João Basso, que circulam somente dentro de São Paulo e São Bernardo do Campo, respectivamente) é, individualmente, de responsabilidade de cada um dos entes municipais. Por sua vez, compete ao **Estado de São Paulo** a operação da travessia realizada entre trechos intermunicipais (como ocorre em relação à balsa Taquacetuba).



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

2) A prestação dos serviços de transporte de veículos e passageiros por intermédio de balsas atualmente realizada pela EMAE no Reservatório Billings é regular?

Não. O atual modelo de prestação dos serviços de transporte público coletivo por intermédio de balsas operado pela EMAE no Reservatório Billings apresenta uma série de irregularidades.

Destarte, **não houve a outorga formal dos serviços públicos pelo seu ente titular** em favor da EMAE, o que viola diretamente o disposto pelo art. 175 da Constituição Federal, pelo art. 4º da Lei nº 8.987/95, pelo art. 13 da Lei nº 11.107/2005 e pelo art. 8º, §2º, I da Lei nº 13.303/2016. Nem a União e nem a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL são competentes para outorgar a prestação dos serviços de transporte público coletivo de passageiros e veículos para concessionária de energia elétrica.

Além disso, **a EMAE, na qualidade de sociedade de economia mista controlada pelo Estado de São Paulo, não tem legitimidade para executar serviços públicos de titularidade municipal, sem a devida contratação formal** (o que, aliás, caracteriza ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, inciso XIV, da Lei nº 8.429/1992). Caso contrário, os entes municipais estariam beneficiando-se da estrutura e dos recursos de empresa estatal estadual para dar cabo de atribuições que lhe competem, por expressa disposição constitucional.

Na realidade, a prestação de serviços de transporte público coletivo pela EMAE **caracteriza desvio de finalidade, pois tais serviços sequer são compatíveis com o objeto social da empresa**, o qual se restringe à execução de atividades diretamente relacionadas à exploração de potenciais hidráulicos para o fim específico de geração de energia elétrica. Também por tal razão é que a operação destes serviços é ilegal e viola o disposto pelo artigo 173, §1º, I da Constituição Federal e pelos artigos 2º, §1º, e 27 da Lei nº 13.303/16.



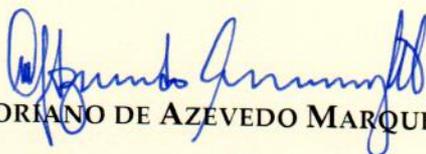
**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Mas não é só. Não bastassem as irregularidades até aqui mencionadas, há, ainda, o fato de que a **EMAE não é remunerada pela operação dos serviços de transporte por balsas** disponibilizados no Reservatório Billings, o que não apenas é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 13.303/2016, mas também implica no desvio dos recursos da empresa, que enquanto deveriam estar sendo investidos no setor de energia elétrica, acabam sendo aplicados em atividade atípica e de alto custo.

É como entendo a questão.

São Paulo, 22 de março de 2017.



FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

OAB/SP nº 112.208