



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº 19957.000714/2016-12

Reg. Col. nº 0415/16

Acusado: Estado de São Paulo

Assunto: Apurar a responsabilidade do Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia, por suposta infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

Diretor Relator: Henrique Machado

RELATÓRIO

I. OBJETO E ORIGEM

1. Trata-se de processo administrativo sancionador instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas (“SEP” ou “Acusação”) para apurar responsabilidade do Estado de São Paulo (“Acusado”), na qualidade de acionista controlador da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia (“EMAE” ou “Companhia”), por infração ao art. 116, parágrafo único¹, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, pela suposta utilização, a título gratuito, de serviços prestados pela EMAE.

2. O termo de acusação originou-se do Processo CVM nº RJ2012/11497, instaurado em 26.09.12, no qual foram analisadas reclamações apresentadas pelos acionistas ArguciaCapital Gestão de Recursos Ltda., Sumatra Comércio Exterior Ltda., João Antônio Lian e Luis Antônio Moraes (“Reclamantes”) acerca de supostas irregularidades perpetradas pelo acionista

¹ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

controlador da Companhia, dentre elas a prestação de serviços pela EMAE ao controlador sem a devida contraprestação², objeto do presente processo sancionador.

II. DA ACUSAÇÃO

3. Os fatos apresentados pela Acusação remontam à criação da EMAE, companhia geradora de energia elétrica resultante da cisão³ da Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S.A. (“Eletropaulo”), ocorrida em 1998, quando se discutiu entre representantes dos governos estadual e federal sua viabilidade econômico-financeira (fls. 217-228; 266-268).

4. A narrativa histórica é apresentada porque o principal ativo de geração da EMAE, a Usina Hidrelétrica Henry Borden (“Usina de Henry Borden” ou “Usina”), dependeria do volume de águas no reservatório Billings, e desde 1992, por questões ambientais, o bombeamento de águas do rio Pinheiros para esse reservatório está sujeito a restrições⁴.

5. A solução encontrada pelo governo estadual teria sido remunerar a EMAE por um serviço – até então prestado pela Eletropaulo – de controle de cheias do Sistema Tietê/Pinheiros, que incluiria a manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo de reservatórios, manutenção e operação de postos de telemedição de pluviometria, dentre outros (“Serviço de Controle de Cheias”).

6. A prestação desse serviço pela EMAE foi regulada por um contrato (fls. 230-252) celebrado em 08.04.98 no qual se previa remuneração de R\$72 milhões ao ano, corrigidos pelo IGP-DI, pagos pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (“DAEE”), que pertencia à administração direta do Estado de São Paulo (“Contrato”). Em março de 1999, o documento foi ajustado para reduzir o valor da remuneração para R\$12 milhões ao ano, tendo sido encerrado em 07.01.03 quando a remuneração deixou de ser realizada.

² No que tange aos Serviços de Controle de Cheias, os Reclamantes apresentaram as seguintes alegações, assim resumidas no termo de acusação: “a. o Estado de São Paulo pratica abuso de poder de controle ao utilizar-se gratuitamente de serviços prestados pela EMAE; b. não caberia invocar o argumento de consecução e interesse público como justificativa para a prestação gratuita dos Serviços de Controle de Cheias são [sic] prestados, pois (i) tais finalidades não estão entre as previstas na lei de criação da EMAE e (ii) ainda que lhe coubesse realizar atividades não lucrativas, isso deveria ocorrer apenas em caráter excepcional; c. os administradores têm sido omissos no cumprimento de seus deveres quanto à comutatividade de transações envolvendo o acionista controlador; e d. se os administradores da EMAE realmente entendessem que os Serviços de Controle de Cheias são ínsitos à concessão detida pela companhia, deveriam ter tomado medidas para repassar os custos desse serviço, já que tais custos ‘não estariam incluídos na tarifa atualmente paga pela ANEEL’”.

³ A transferência da concessão à EMAE foi autorizada pela Resolução ANEEL n° 72 de 25.03.98.

⁴ Em situação designada como “normal”, não há bombeamento de águas do Rio Pinheiros para o reservatório Billings. Em “situações de emergência” relacionadas a ameaças de enchentes na região metropolitana de São Paulo e a questões ambientais, conforme definidas na Resolução Conjunta SMA-SSE-002, de 19.02.10, o fluxo de águas do Rio Pinheiros é invertido e há bombeamento de águas para o reservatório Billings, sendo em seguida direcionadas para a Usina de Henry Borden para geração de energia elétrica.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

7. A Acusação relata que nem a remuneração original nem a posteriormente ajustada teriam sido pagas tempestivamente⁵, mas, ainda assim, os Serviços de Controle de Cheias continuaram e continuam sendo prestados até hoje.

8. Adicionalmente, a partir de 2001, a própria EMAE, ao refutar auto de infração emitido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”), passou a manifestar a convicção de que os Serviços de Controle de Cheias seriam inerentes à sua atividade e que, portanto, o Estado não precisaria contratá-la nem remunerá-la para executá-los. Essa posição se opunha ao entendimento da ANEEL de que tais serviços não seriam ínsitos à concessão e deveriam ser segregados na contabilidade da Companhia.

9. Ainda que amparada por órgãos jurídicos do Estado de São Paulo (fls. 1038-1058) e parecer jurídico externo solicitado pelo conselho fiscal da EMAE (fls. 513-542), a tese não prevaleceu no recurso interposto junto à ANEEL. A discussão foi alçada ao judiciário⁶ (fls. 463-511), tendo sido proferida decisão de primeira instância desfavorável ao pleito à EMAE. Em face dessa decisão, foi interposto recurso ainda não julgado.

II.1. ARGUMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO E DO ACIONISTA CONTROLADOR

10. A administração da Companhia e seu acionista controlador sustentaram, em síntese, que:

(a) os Serviços de Controle de Cheias seriam típicos e inerentes à concessão detida pela EMAE, segundo normativos e contratos que historicamente incidiram sobre a matéria desde a Lei Estadual nº 2.109, de 29 de dezembro de 1925, até hoje;

(b) o contrato de concessão nº 002/2004, datado de 11.11.04 (fls. 1069-1075), referir-se-ia à atividade de controle de cheias (há previsão, por exemplo, de que a EMAE é encarregada de respeitar os limites de vazões de restrição máxima e mínima);

(c) dada a dinâmica operacional da atividade de controle de cheias, não se poderia afirmar que ela apenas excepcionalmente reverteria em favor da geração de energia;

⁵ Em que pese os Reclamantes terem alegado que o Estado de São Paulo estaria inadimplente quanto às suas obrigações previstas no referido Contrato, a própria SEP, no Relatório nº 6/2016-CVM/SEP/GEA-3, de 18.01.16 (doc. SEI nº 0082334), reconhece que não procedem tais alegações, uma vez que consta nos autos Instrumento de Reconhecimento e Consolidação de Obrigações (fls. 561-565), tendo sido afastada, assim, a alegação de que a EMAE nunca teria recebido qualquer remuneração do Estado de São Paulo e que seus administradores teriam sido omissos quanto ao tema.

⁶ Ação ordinária nº 2006.34.00.004335-5, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

(d) independentemente da interpretação que se faça sobre o assunto, dever-se-ia reconhecer que a questão dos Serviços de Controle de Cheias é controvertida e que haveria posicionamentos jurídicos a embasar a tese da EMAE;

(e) o Contrato não teria sido firmado com o reconhecimento de que os Serviços de Controle de Cheias fosse ínsito ao Estado, mas sim como um meio de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE após a cisão da Eletropaulo;

(f) em razão de medidas implementadas em seu primeiro ano de existência, a EMAE obteve ganhos de eficiência e produtividade, que fizeram com que os valores previstos no Contrato se situassem acima das necessidades da Companhia, daí seu subsequente aditamento;

(g) a garantia de equilíbrio econômico-financeiro provida pelo Estado por meio do Contrato não tem e nem poderia ter caráter perpétuo, pois a Companhia deveria sobreviver pelas receitas geradas pelos seus negócios;

(h) apesar da natureza controvertida da matéria, os administradores propuseram medida cautelar de protesto interruptivo da prescrição em face do Estado de São Paulo (fls. 567-573), com objetivo de resguardar direitos da EMAE em relação à redução da sua capacidade de geração de energia elétrica; e

(i) em 2012, por ocasião da análise pelo poder concedente em vista da renovação da concessão da qual a EMAE é titular, ao determinar a garantia física da Usina Henry Borden, a vazão advinda da atividade de controle de cheias teria sido levada em consideração, o que teria refletido em uma tarifa diferenciada em relação a outras companhias do setor.

II.2. MANIFESTAÇÃO ANEEL E AVALIAÇÃO DA SEP

11. Haja vista a natureza da discussão, a Acusação solicitou manifestação da ANEEL sobre os aspectos operacionais ora tratados e aquela agência, em síntese, confirmou o seu entendimento de que a prestação dos Serviços de Controle de Cheias não seria atividade atinente à geração de energia elétrica (fls. 1024-1025).

12. A ANEEL afirmou, ainda, que a última manifestação da autarquia quanto à matéria foi por meio do voto vista proferido pelo diretor geral em 19.09.05 (fls. 550-559)⁷, do qual a Acusação destacou os seguintes trechos:

⁷ Voto vista proferido pelo diretor geral Jerson Kelman no âmbito do processo administrativo 48500.003499/01-48, em que se analisou o recurso interposto pela EMAE contra os termos do Auto de Infração nº 006-SFF, lavrado pela ANEEL em 11.07.01, que aplicou multa de R\$138.111,18 à EMAE por não proceder à segregação contábil das atividades atípicas à concessão (processo disponível para consulta no site www.aneel.gov.br).



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

Inegável a relevância da função de operar e manter o sistema hidráulico de controle de cheias na região metropolitana de São Paulo. Todavia, atualmente, nítida é a distinção existente entre essa atividade e a de geração de energia elétrica. (...)

(...) não se afigura justo o consumidor final de energia elétrica absorver, via custo de geração, um dispêndio que recai sobre a concessionária de serviço público e que não decorre da atividade a ela outorgada, mas da operação e manutenção de um sistema que melhor caberia no contexto de um programa de controle de cheias, resultado da gestão integrada de recursos hídricos ou de políticas metropolitanas pelo poder público, estadual e municipal.

(...)

Por relevante, cabe registrar que a peça contratual firmada entre o Poder Concedente e a EMAE não contempla referência à atividade de controle de cheias.

13. Após analisar os fatos, a Acusação concluiu que o Sistema Hídrico Tietê/Pinheiros teria sido originalmente idealizado e normatizado como um todo indivisível, com vistas ao aproveitamento hidroenergético da região metropolitana de São Paulo, mediante a reversão do curso do rio Pinheiros. No entanto, questões ambientais supervenientes teriam tornado excepcional o bombeamento de águas para o reservatório Billings, tendo, ao longo de 20 anos, o controle de vazão se revertido mais em proveito da prevenção de enchentes do que da geração de energia elétrica.

14. Esse caráter excepcional, no entanto, não seria reconhecido pela administração e pelo acionista controlador da Companhia, que defendem a existência desse reservatório como forma de assegurar o acúmulo de excedentes de água em determinados períodos para compensar a perda de capacidade de geração em épocas de estiagem. Para a SEP, essa afirmação poderia ser verdadeira, mas não tornaria menos verdadeira a conclusão de que os Serviços de Controle de Cheias reverteriam em favor da produção de energia apenas de modo excepcional.

15. Seria exatamente por essa razão que a ANEEL teria considerado os Serviços de Controle de Cheias como atípicos à concessão detida pela EMAE, devendo, portanto, os custos serem segregados para que nem a companhia nem o usuário de energia elétrica fossem onerados em razão de tais serviços.

16. Para contestar a decisão da ANEEL, os administradores da EMAE e o Acusado basearam-se em normativos relacionados às concessões do Sistema Hídrico Tietê/Pinheiros que teriam determinado aos concessionários o dever de evitar inundações, citando, neste sentido, o próprio contrato de concessão atualmente em vigor que remeteria a obrigações de caráter ambiental.

17. Não obstante, sustenta a Acusação que não se pode interpretar tais dispositivos de forma isolada, fora de um contexto de geração de energia, objeto social da EMAE, a qual frequentemente exigiria o gerenciamento da vazão dos rios que deve ser executado levando-se



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

em conta outras variáveis afetas ao recurso hídrico em questão, como a prevenção de inundações.

18. No entender da Acusação, isso não permitiria dizer que a Companhia devesse realizar gratuitamente o controle de vazões para fins preponderantemente alheios à sua atividade produtiva. Além disso, a própria existência do Contrato assinado entre a EMAE e o DAEE para regular a prestação desse serviço corroboraria esse entendimento.

19. Embora os administradores e o controlador tenham afirmado que a existência do documento não significaria que os serviços não fazem parte da concessão, uma vez que o real objetivo do ajuste seria assegurar a viabilidade econômico-financeira da EMAE, a Acusação entende que tal argumentação seria oposta ao que diz o Contrato, ao consignar que *“a operação de controle de cheias, hoje realizada pela EMAE, ultrapassa os limites de sua obrigação como empresa concessionária de serviços públicos para caracterizar-se como serviço urbano de interesse regional ou estadual”*⁸.

20. No tocante ao argumento de que o propósito do Contrato seria garantir a viabilidade da EMAE, a SEP afirma:

39. Foi sustentado pelos administradores e o controlador, ainda, que o real objetivo do Contrato era assegurar a viabilidade econômico-financeira da EMAE. As evidências dos autos mostram que isso é verdade. Mas a única interpretação conforme a lei que se pode fazer disso é que essa terá sido a motivação interna dos agentes contratantes.

40. Vale dizer: o Estado de São Paulo e a EMAE reconheceram que esta última necessitava de recursos adicionais para manter-se em operação e o Contrato mostrou-se um instrumento apropriado nesse contexto, mas ambos tinham necessidade e efetivo interesse na execução de seu objeto.

41. Interpretação diversa, como resta implícita neste argumento dos administradores e controlador, leva a assumir de que o Contrato era, na verdade, uma simulação de ambas as partes: o Estado de São Paulo teria deliberadamente pago por algo o qual não precisava pagar e a EMAE teria recebido por algo que não fazia *jus*, uma vez que os serviços motivadores de sua remuneração já restavam inseridos na concessão de que é detentora.

42. Um contrato nesses moldes seria de licitude e validade duvidosas em vista da legislação civil e, como se sabe, os negócios jurídicos devem ser interpretados sempre que possível no pressuposto de que se conformam à lei. Desse modo, o contra-argumento dos administradores e controlador da EMAE não deve ser acolhido.

⁸ De acordo com a SEP, diversas outras disposições do Contrato e, a rigor, sua própria existência, confirmariam que os Serviços de Controle de Cheias excediam os previstos em sua concessão. A título de exemplo, menciona *“como o Contrato entre a EMAE e o DAEE poderia regular e até autorizar a interrupção dos Serviços de Controles de Cheias, se tais serviços estivessem regulados por um instrumento autônomo firmado com a União Federal na qualidade de poder concedente?”*, fazendo referência à cláusula 4.3 do Contrato.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

21. A Acusação concluiu afirmando que, em suma, haveria três elementos a demonstrar que os Serviços de Controle de Cheias não seriam atividades que a EMAE deveria estar executando gratuitamente:

- (i) a explanação da dinâmica das etapas desse serviço, que teria evidenciado que, atualmente, tal serviço se reverte em proveito da geração de energia elétrica de forma excepcional;
- (ii) o posicionamento da ANEEL, que, na qualidade de regulador do setor e, portanto, com maior conhecimento técnico sobre o tema, confirmou que os Serviços de Controle de Cheias não se inserem na concessão detida pela EMAE⁹; e
- (iii) a existência do Contrato, que regulava o Serviço de Controle de Cheias, tratando-o tácita e expressamente como um serviço que ultrapassa as obrigações da EMAE na qualidade de concessionária de geração de energia elétrica.

22. No que concerne à delimitação de responsabilidades, a SEP ressalta, preliminarmente, que a prescrição quinquenal prevista na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, atinge parte dos fatos supostamente irregulares, pelo que foram considerados somente os fatos ocorridos a partir de 26.09.07, isto é, cinco anos antes da instauração do processo de origem.

23. Quanto à responsabilidade do Estado de São Paulo, o controlador teria violado o disposto no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/76 ao permitir que a EMAE lhe prestasse a título gratuito serviços que não correspondem ao seu objeto social. Sobre esse ponto, a Acusação faz a seguinte observação:

Embora não se tenha notícia de um ato formal do Estado de São Paulo determinando à EMAE a prestação dos Serviços de Controle de Cheias gratuitamente, resta claro que tal prática se deu com a sua ciência e sob sua orientação. Isso é facilmente percebido quando se leva em conta que:

- a. sob o prisma financeiro, o Estado de São Paulo é o beneficiário direto da prestação gratuita desses serviços, pois ele seria o responsável por arcar com tais custos, como efetivamente arcava quando o Contrato estava em vigor; e
- b. a questão foi objeto de parecer jurídico elaborado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em 2009.

24. Em relação aos administradores, dada a limitação imposta pelo prazo prescricional e as peculiaridades descritas no relatório de análise RA/CVM/SEP/GEA-3/nº 06/16 (“Relatório”), a SEP entendeu que não lhes caberia imputação de responsabilidades.

⁹ Nesse ponto a SEP lembra que a EMAE discute com a ANEEL em juízo acerca dessa tese e, em que pese não ter havido trânsito em julgado, a decisão de mérito já proferida em 1ª instância corroborou a posição da ANEEL.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

25. No referido documento, destacou-se que a análise da responsabilidade dos administradores seria mais complexa em razão do caráter continuado da prática irregular e da sucessão de diferentes pessoas nos cargos ao longo do tempo, tendo cada um se deparado com um cenário já influenciado por decisões de seus antecessores.

26. Para a SEP, desde 2006, quando foi proposta a ação para anular o auto de infração lavrado pela ANEEL, a EMAE já teria se comprometido com a tese de que as atividades de Controle de Cheias seriam típicas do contrato de concessão, conforme consta do pleito de anulação do auto de infração lavrado pela ANEEL.

27. Assim, na visão da Acusação, um administrador que assume seu cargo após esses eventos se depararia com um cenário difícil, pois, ainda que quisesse levar a Companhia a adotar postura diversa, tal posicionamento comprometeria as chances de êxito da ação judicial em curso e *“dificilmente obteria compensação do Estado de São Paulo, dadas as manifestações anteriores ostensivas e voluntárias da própria EMAE admitindo não fazer jus a essa remuneração”*.

28. Nesse sentido, a SEP pondera que, em algum momento, a administração terá que rever sua posição – por exemplo, com o trânsito em julgado da decisão terão sido exauridos todos os meios para discutir a questão, cenário em que a inação dos administradores perante o controlador seria vista com mais vigor – mas, para as circunstâncias do caso analisado, seria excessivo responsabilizar os administradores por não terem adotado outras medidas com vistas a fazer com que a EMAE fosse remunerada pelos serviços prestados.

29. Por todo o exposto, a SEP conclui que o Estado de São Paulo deveria ser responsabilizado, na qualidade de acionista controlador da EMAE, por ter se beneficiado gratuitamente dos Serviços de Controle de Cheias prestados pela Companhia desde 26.09.07, em infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

III. MANIFESTAÇÃO DA PFE¹⁰

30. Examinada a peça acusatória, a Procuradoria Federal Especializada da CVM sugeriu ajustes ao termo de acusação de forma a atender integralmente o art. 6º da Deliberação CVM nº 538/08¹¹, sendo relevante mencionar a sugestão para que a acusação fosse alterada e se fizesse constar somente a violação ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, o que foi acatado pela Acusação.

¹⁰ Docs. SEI nºs 0081534, 0081535 e 0081537.

¹¹ Art. 6º Ressalvada a hipótese de que trata o art. 7º, a SPS e a PFE elaborarão relatório, do qual deverão constar: I – nome e qualificação dos acusados; II – narrativa dos fatos investigados que demonstre a materialidade das infrações apuradas; III – análise de autoria das infrações apuradas, contendo a individualização da conduta dos acusados, fazendo-se remissão expressa às provas que demonstrem sua participação nas infrações apuradas; IV – os dispositivos legais ou regulamentares infringidos; V – proposta de comunicação a que se refere o art. 10, se for o caso; e VI – a indicação do rito a ser observado no processo administrativo sancionador.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

IV. DEFESA¹²

31. Inicialmente, o Acusado reitera o posicionamento já exarado em manifestações anteriores no sentido de que a atividade de controle de cheias seria obrigação conexa à geração de energia elétrica, razão pela qual não haveria como dissociá-la do objeto do contrato de concessão firmado entre a EMAE e a União.

32. O Acusado afirma, em linha com o que foi exposto pela Companhia ao manifestar-se no processo, que a obrigação de controle de cheias existe desde 1925, com a promulgação da Lei Estadual nº 2.109 que permitia à Light reter sobras de água para “evitar inundações”, tendo tal obrigação se repetido nos diversos normativos que historicamente disciplinaram as concessões de energia em geral e o Sistema Hídrico Tietê/Pinheiros em particular.

33. Nessa linha, tal obrigação teria sido assumida pela EMAE a partir do desmembramento da Eletropaulo, tendo a defesa ressaltado que o contrato de concessão nº 002/2004, conforme redação conferida pelo segundo termo aditivo, faria referência direta e expressa à atividade de controle de cheias.

34. Portanto, conclui a defesa que a obrigação de controle de cheias decorreria da outorga do serviço público, ficando a cargo da concessionária responsável pelo complexo Henry Borden, no caso a EMAE, sucessora da Eletropaulo em seus direitos e obrigações. Por essa razão a Companhia defende, no âmbito da ação anulatória contra o auto de infração, que os custos dessas atividades não deveriam ser objeto de contabilização em apartado, por se tratar “*de um custo difuso diretamente relacionado ao Complexo Gerador, ao contrário do posicionamento externado pela Agência Reguladora quando da lavratura do auto infracional*”.

35. Assim, a questão encontra-se no momento pendente de decisão judicial definitiva, não podendo, na visão do Acusado, a posição da ANEEL ser tida como conclusiva ou sequer definitiva a respeito da questão.

36. Em segundo lugar, o Acusado sustenta que a atividade de controle de cheias estaria inserida no objeto social da EMAE. Em um primeiro momento, a construção do complexo de Henry Borden tinha o objetivo de ampliar a capacidade instalada de geração de energia e, a partir da década de 1930, reforçar a disponibilidade hidráulica no aproveitamento da queda na Serra do Mar, o que permitiu ampliações da Usina. Com o tempo, a evolução do sistema teria consagrado sua múltipla utilização, tendo agregado à função inicial de geração de energia elétrica o controle de cheias e a produção de águas para o abastecimento da região metropolitana. Portanto, não haveria dúvidas de que o controle da vazão dos rios seria inerente ao uso múltiplo da água, com particular relevância no caso da Bacia Hidrográfica do Alto Tietê, razão pela qual a atividade estaria contemplada – de forma expressa – no objeto social da Companhia.

¹² Doc. SEI nº 0122646.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

37. Dessa forma, afirma o Acusado que não estaria correta a assertiva de que apenas excepcionalmente a atividade de controle de cheias se reverteria em proveito da geração de energia elétrica, pois isso somente seria válido se a Usina Henry Borden não possuísse reservatório de acumulação, isto é, se fosse uma usina a “fio d’água”, o que não é o caso. A existência desse reservatório asseguraria que o acúmulo de excedentes de água em determinados períodos compensasse outros períodos de estiagem e a consequente perda de capacidade de geração em tais ocasiões.

38. Ressalta que quando houve dúvida razoável quanto ao marco regulatório do setor, o Acusado consultou seu órgão jurídico o qual exarou o entendimento constante dos pareceres da Procuradoria Administrativa nº 211/2007 e 89/209, corroborando os termos apresentados na defesa (fls. 1038-1058). O Estado de São Paulo teria cumprido o seu dever como acionista controlador ao conduzir os negócios da Companhia de modo a realizar o seu objeto social e a sua função social, de acordo com a diretrizes da legislação setorial, dentro dos limites do objeto social e em linha com o interesse público que justificou a sua criação.

39. Mais do que isso, afirma que o imperativo do uso múltiplo da água decorreria da legislação ambiental e de recursos hídricos e a obrigação da Companhia de efetuar o controle de cheias era conhecida do investidor que “certamente ponderou essa questão em sua tomada de decisão”. O acionista minoritário da EMAE, portanto, não pode alegar surpresa com a condução dos negócios da empresa, mais preocupada com o atendimento do interesse público que justificou a sua criação do que com a mera geração de lucros, a teor do que dispõe o artigo 238 da Lei nº 6.404/76.

40. Por fim, a defesa alega que o Estado teria repassado recursos à EMAE no período de 2011 a 2015 para a manutenção do Canal Pinheiros já que a suspensão do bombeamento de águas poluídas para a represa Billings teria resultado no aumento do assoreamento da calha do Rio Pinheiros, de forma dissociada da operação da Usina Henry Borden. Assim, diante de obrigações normativas de cunho ambiental que extrapolariam as obrigações da concessão, com consequências danosas devido ao não cumprimento de responsabilidades de terceiros, o Estado efetuou tais repasses à Companhia.

41. Com relação ao controle de cheias, sustentou o Acusado que a partir da renovação do contrato de concessão ocorrida em 04.12.12, no bojo da alteração do marco regulatório operada pela Medida Provisória nº 579/2012, os custos de tais atividades teriam sido reconhecidos na tarifa¹³.

¹³ A defesa faz referência à manifestação da EMAE no processo (fls. 767-777) em que sustenta que a análise do equilíbrio deveria ser feita em dois períodos: o primeiro no intervalo regido pelo arcabouço regulatório vigente entre 15.03.04 e 04.12.12; e o segundo a partir da alteração do marco regulatório do setor elétrico estabelecendo regime de cotas. Segundo a Companhia, “a remuneração da Usina Henry Borden passaria a ser feita por tarifa fixada a partir da potência instalada da usina”. Em síntese, a ANEEL teria realizado uma análise de custos do setor de geração, estimando os custos operacionais para cada usina e tal estimativa, além das variáveis “capacidade



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

42. Lembrou que a celebração do Contrato com o DAEE teria sido a solução negociada encontrada pelo Governo do Estado para equacionar o problema de desequilíbrio econômico financeiro da EMAE à época, situação que não mais se justificaria, já que os custos relativos à prestação dos Serviços de Controle de Cheias estariam contemplados na concessão, razão pela qual não comprometeriam a capacidade econômica e financeira da Companhia.

43. Argumenta que a “*afirmação de que o Estado deve responder pelo equilíbrio econômico-financeiro da Companhia não autoriza, por si só, a celebração de contratações indiscriminadas, para angariar recursos para os cofres da estatal*”, e tampouco significa uma obrigação de direito exigível a qualquer tempo, independentemente das normas constitucionais e legais que regem a atuação pública.

44. Por fim, assevera que a legislação societária não albergaria qualquer imputação de responsabilidade ao Estado no tocante ao custeio de atividades por sociedade controlada que estejam em consonância com seu objeto social e função prevista na legislação que autorizou a sua criação.

V. TERMO DE COMPROMISSO

45. Em 08.07.16, foi apresentada proposta de celebração de Termo de Compromisso em que se comprometeu a repassar à EMAE o valor de aproximadamente R\$18,7 milhões, consignado no orçamento de 2016, para a prestação de serviços de adequação da calha do Rio Pinheiros¹⁴. Ressaltou que o valor global de aproximadamente R\$79,7 milhões estaria previsto no Plano Plurianual 2016-2019 para tais atividades, sendo tais repasses formalizados mediante convênio.

46. Dessa forma, no entender do Acusado a atividade apontada como ilícita na peça acusatória (*a prestação gratuita de serviços de controle de cheias pela EMAE, em benefício do Estado*), no que tange aos serviços de manutenção de calha, de responsabilidade do Estado, seria formalmente corrigida por meio da celebração do convênio.

47. Quanto à correção das irregularidades e indenização dos possíveis prejuízos causados, afirmou o Acusado que, considerando que os Serviços de Controle de Cheias integram a concessão, as despesas deles decorrentes foram cobertas pela tarifa praticada e, posteriormente, a partir da edição da Medida Provisória nº 579/2012, pelo regime de cotas.

48. Os serviços que extrapolaram a concessão (remoção de lixo e desassoreamento para a manutenção da calha do Rio Pinheiros) foram custeados pelo Estado por meio de repasses de

instalada” e “fator de capacidade”, incluiria outras como “tipos de turbinas”, “custos ambientais” e “controle de cheias”.

¹⁴ De acordo com o Acusado, a ação consiste na execução de serviços de desassoreamento, proteção e revestimento das margens da calha, objetivando conservar e restabelecer a capacidade de vazão em épocas de cheias.



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

2011 a 2015, conforme já ressaltado, não havendo, portanto, na visão do Acusado, prejuízos a serem indenizados no presente caso.

49. A PFE emitiu parecer¹⁵ no qual afirmou que o Acusado não vai além de refutar a acusação, alegando que o numerário não é devido, sem formular, portanto, proposta que efetivamente atenda os requisitos legais. Nesse sentido, concluiu pela existência de óbice à celebração do termo, por entender que o controlador não está quite com a sociedade prestadora (indenização/correção da irregularidade apontada no TA) nem pretende cessar a prática irregular por meio do pagamento dos valores atualmente devidos (cessação da prática irregular).

50. Em linha com a manifestação da PFE, o Comitê do Termo de Compromisso propôs a rejeição da proposta apresentada pelo Estado de São Paulo, tendo o Colegiado acompanhado o entendimento do Comitê e deliberado pela rejeição da proposta por unanimidade¹⁶.

É o relatório.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2019.

HENRIQUE BALDUINO MACHADO MOREIRA
DIRETOR RELATOR

¹⁵ PARECER nº 00100/2016/GJU-2/PFE-CVM/PGF/AGU, de 08.08.16 (doc. SEI nº 0145475).

¹⁶ Proposta analisada em reunião do Colegiado realizada em 01.11.16.