



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

VOTO

I. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de processo administrativo sancionador instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas (“SEP” ou “Acusação”) para apurar a responsabilidade do Estado de São Paulo (“Acusado”), na qualidade de acionista controlador da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia (“EMAE” ou “Companhia”), pela suposta utilização, a título gratuito, de Serviços de Controle de Cheias¹ pela Companhia. A SEP entende que tais serviços deveriam ser remunerados pelo Estado de São Paulo, na qualidade de beneficiário do serviço e, ao não fazê-lo, o acionista controlador teria violado seus deveres previstos no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

2. A SEP sustenta que os Serviços de Controle de Cheias não deveriam estar sendo prestados pela EMAE ao Estado de São Paulo a título gratuito, em suma, por três motivos a seguir descritos:

(a) a própria dinâmica do serviço evidenciaria que apenas excepcionalmente a atividade se reverteria em proveito da geração de energia elétrica;

¹ Conforme descrito no Termo de Acusação, o Serviço de Controle de Cheias inclui a manutenção e operação de estações hidráulicas, manejo de reservatórios, manutenção e operação de postos de telemedição de pluviometria, dentre outros.



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

(b) o entendimento da Agência Nacional de Energia Elétrica (“ANEEL”) no sentido de que a atividade não seria inerente à concessão detida pela EMAE; e

(c) o contrato celebrado entre a Companhia e o Departamento de Águas e Energia Elétrica (“DAEE”, braço da administração direta do Estado de São Paulo) em 08.04.98 (“Contrato”), que tratou referida atividade como um serviço² que ultrapassaria as obrigações da EMAE relacionadas à geração de energia elétrica, objeto da concessão (fls. 230-252)³.

3. Nesse sentido, considerando que os Serviços de Controle de Cheias não seriam abarcados pelo contrato de concessão federal e, portanto, não estariam incluídos no valor da tarifa de energia elétrica cobrada do usuário, a Acusação concluiu que tais serviços estariam sendo prestados a título gratuito ao Estado de São Paulo, o que configuraria violação dos deveres do acionista controlador previstos no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

4. Em sua defesa, o Acusado reitera o posicionamento já exarado em manifestações anteriores nos autos do processo 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. Afirmar ainda que a atividade de controle de cheias está inserida no objeto social da EMAE, integrando o interesse público que justificou a criação de tal entidade da Administração Pública estadual.

5. Por fim, destaca que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da Companhia deve ser interpretada à luz das obrigações impostas ao Poder Público e àquelas inerentes a um acionista controlador.

II. MÉRITO

II.1 A ATIVIDADE DE CONTROLE DE CHEIAS E SUA CONEXÃO COM A GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

6. O Estado de São Paulo afirma acertadamente, e em linha com o que foi exposto pela Companhia ao manifestar-se⁴ no processo, que a obrigação de controle de cheias existe “desde a Lei Estadual nº 2.109, de 29 de dezembro de 1925, que concedeu favores a *The São Paulo Tramway, Light and Power Company Limited* para a realização das obras visando à construção

² De acordo com contrato que foi celebrado entre a EMAE e o DAEE para regular a atividade, os Serviços de Controle de Cheias incluem a “manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo de reservatórios e manutenção e operação de postos de telemedição de pluviometria (...)” (cláusula 1ª – objeto).

³ O Contrato previa pagamento à EMAE de R\$72 milhões ao N.º, tendo o documento sido ajustado em março de 1999 para reduzir o valor da remuneração para R\$12 milhões ao ano. Em 07.01.03 o Contrato foi encerrado e a remuneração deixou de ser devida, entretanto a atividade continua a ser realizada pela EMAE.

⁴ Resposta ao Ofício/CVM/SEP/GEA-3/Nº303/13 (fls. 767/777).



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

do que hoje é o Complexo Henry Borden, a obrigação de controle de cheias foi instituída”. No período subsequente, conforme aduzido pelo Acusado, diversos normativos abordaram obrigações da Light relativas ao controle de cheias, como a Lei Estadual nº 2.249, de 27 de dezembro de 1927, o Decreto Estadual nº 4.056, de 27 de maio de 1926 e o Decreto Estadual nº 8.372, de 23 de junho de 1937.

7. O Acusado descreve especialmente as seguintes obrigações constantes do Decreto Estadual nº 4.045/26:

VII – A Companhia poderá reter as sobras das águas dos rios mencionados no Item “a” da Cláusula I, de modo a evitar as inundações das margens do rio Tietê, sem diminuir a vazão normal desses rios na época de estiagem, desviando, outrossim, as sobras de suas águas, pela Serra do Mar para o oceano, nas proximidades do Cubatão, onde será utilizada a força hidráulica das mesmas para produção de energia elétrica.

(...)

XIX – Ficará a Companhia obrigada a restabelecer a vazão normal na época da estiagem dos rios cujas águas haja represado, além das sobras.

XX – Durante as maiores enchentes desviar-se-á para o Oceano o maior volume possível de água, de modo a evitar inundações nas margens do rio Tietê.

8. Tal obrigação teria se repetido nos diversos normativos que historicamente disciplinaram as concessões de energia elétrica em geral e o Sistema Hídrico Tietê/Pinheiros em particular, destacando-se os seguintes atos legislativos descritos no quadro abaixo:

Ato	Conteúdo
Decreto Federal nº 3.349/1899	Autoriza “The São Paulo Railway, Light & Power Co. Ltd.” A funcionar no país.
Decreto Estadual nº 4.056/1926	Aprova as cláusulas do contrato de concessão da Light.
Decreto Federal nº 85.839/1981	Concede à Eletropaulo autorização para funcionar como empresa de energia elétrica.
Decreto Federal nº 87.884/1982	Outorga à Eletropaulo concessão para a produção de energia elétrica através de usinas hidrelétricas em operação no Estado de São Paulo.
Lei estadual nº 9.361/1996	Cisão parcial da Eletropaulo, efetivada mediante a transferência de parcelas do seu patrimônio para quatro novas sociedade, dentre as quais a EMAE, destinada à geração de energia elétrica (Artigo 20, inciso III, “a” e Anexo I, III, “a”).
Res. ANEEL nº 72/1998	Transfere para a EMAE os direitos de exploração dos serviços públicos de produção de energia elétrica.

9. Nessa linha, a atividade de controle de cheias 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, de 12 de dezembro de 2012,



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

faria referência direta e expressa a essa atividade. A cláusula Décima, inciso V, atribuiria à EMAE o encargo de controlar as enchentes, ao estabelecer o dever de respeitar os limites de vazões de restrição máxima e mínima, bem como seu inciso VII, que faz referência ao cumprimento da legislação ambiental e de recursos hídricos, *in verbis*:

“CLÁUSULA DÉCIMA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA E CONDIÇÕES DE EXPLORAÇÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS.

Além de outras obrigações decorrentes de leis e de normas regulamentares específicas, constituem obrigações da Concessionária, inerentes às concessões reguladas por este Contrato:

(...)

V – respeitar os limites das vazões de restrição, máxima e mínima, a Jusante das Usinas Hidrelétricas, observando as regras operativas do NOS.

(...)

VIII – cumprir a legislação ambiental e de recursos hídricos, atendendo às exigências contidas nas licenças já obtidas e providenciando os licenciamentos necessários, respondendo pelas eventuais consequências do descumprimento da legislação pertinente. (...)”

10. No mesmo sentido, a Subcláusula Quarta da Cláusula Segunda, bem como a Subcláusula Segunda da Cláusula Décima fazem alusão às normas incidentes sobre a operação do Complexo Henry Borden:

CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO DO CONTRATO

Subcláusula Quarta – Aplicam-se a este Contrato a legislação e a regulamentação relativas à exploração de potenciais hidráulicos para fins de geração de energia elétrica, vigentes nesta data, e as que vierem a ser editadas pelo Poder Concedentes e pela ANEEL.

CLÁUSULA DÉCIMA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA E CONDIÇÃO DE EXPLORAÇÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS

(...)

Subcláusula Segunda – A Concessionária deverá atender a todas as obrigações de natureza fiscal, trabalhista e previdenciária e aos encargos oriundos da legislação e normas regulamentares estabelecidas pelo Poder Concedentes e pela ANEEL, bem como a quaisquer outras obrigações relacionadas ou decorrentes da exploração das Usinas Hidrelétricas, especialmente as seguintes:

I – Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica; e

II – Encargos de Uso do Sistema de Transmissão e de Distribuição de Energia Elétrica, quando devidos, celebrando os respectivos contratos em conformidade com a regulamentação específica.

11. 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.



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

12. Neste ponto, conquanto entenda correta a descrição formal dos normativos apresentados pela defesa, tenho que seu conteúdo não permite a interpretação que se pretende. A alegada conexão entre a atividade de controle de cheias e a atividade de geração de energia elétrica, baseada em normativos históricos, não significa que o serviço de controle de cheias prestado atualmente pela EMAE seja revertido necessariamente ou integralmente para a produção de energia elétrica. Ao contrário, como se verá, a conexão das atividades, tal como pretendida pela defesa, não revela a adequada interpretação jurídica dos normativos nem se sustenta sob o aspecto fático-material.

13. Conforme se percebe nas figuras abaixo⁵, o esquema hidráulico da bacia do Alto Tietê, planejado no começo do século passado, pressupôs a inversão do curso do rio Pinheiros; construção da represa Billings e das estações elevatórias de Pedreiras e Traição; e a construção da Usina Henry Borden, em Cubatão, no sopé da Serra do Mar.



⁵ *Bacia Hidrográfica do Alto Tietê (BHAT) – Geração Hidrelétrica (GH) e Abastecimento de Água (AA), etapas relevantes, situação atual e propostas.* Apresentação de Sadalla Domingos na 143 Reunião do Conselho Superior de Meio Ambiente da FIESP, em 24 de janeiro de 2017.

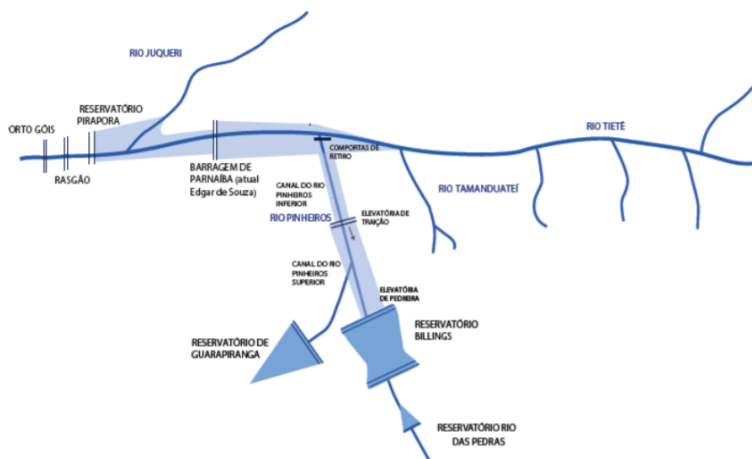


COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

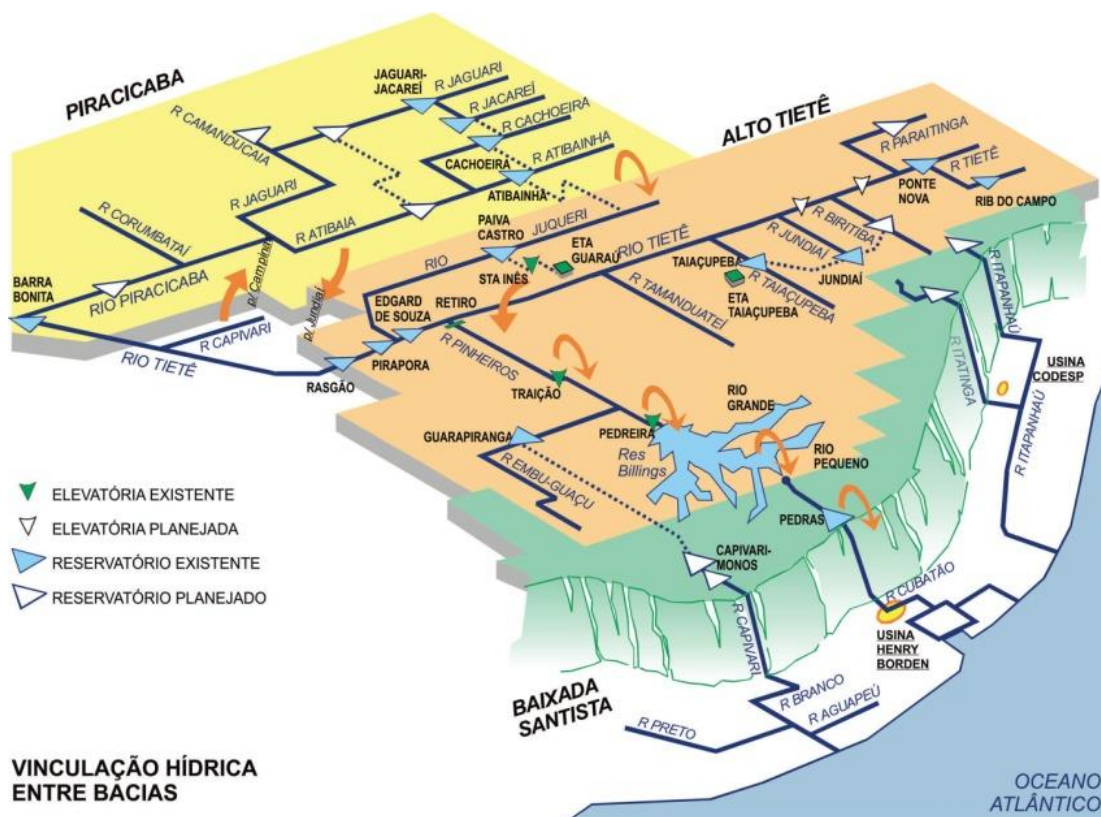
Rua Sete de Setembro, 111/2-5º e 23-34º Andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP: 20050-901 – Brasil - Tel.: (21) 3554-8686

www.cvm.gov.br

SITUAÇÃO DO SISTEMA DE GERAÇÃO HIDRELÉTRICA DO ALTO TIETÊ - CUBATÃO Situação de 1955 - 1965



14. A contribuição de águas para esse sistema tem início com o desvio das águas do Tietê para o Rio Pinheiros, seguido pelo bombeamento para o Reservatório Billings e sua condução à queda de 720 metros até a Usina Henry Borden. Ao fim, as águas são direcionadas ao Oceano.



Fontes: DAEE, Hidroplan.



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

15. O bombeamento das águas dos rios Tietê e Pinheiros para o Reservatório Billings, entretanto, foi prejudicado e limitado por motivos ambientais decorrentes da falta de tratamento do esgoto na região, como descreve Antonio Faria⁶:

Como inexistissem sistemas de tratamento de esgotos e de efluentes industriais, a Billings transformou-se desde o final da década de 1930 na grande cloaca da Região Metropolitana de São Paulo. As condições sanitárias da Billings ficaram tão deterioradas que em 1976 as autoridades tiveram que mudar as regras operacionais do sistema. Provisoriamente, 50% das águas eram descarregadas rio abaixo a partir de Edgard de Souza e os outros 50% eram recalcados para o reservatório. Além disso, o turbinamento da usina de Henry Borden era mantido no mínimo de modo a garantir o máximo armazenamento possível para assegurar a diluição dos esgotos. Essa operação, chamada de Operação Saneamento, foi retomada a partir de 1983 visando estabelecer uma regra operacional adequada ao sistema hídrico da bacia do Alto Tietê.

16. A situação ambiental na região deteriorou-se a ponto de a Constituição do Estado de São Paulo de 1989 expressamente determinar a suspensão do bombeamento das águas para o Reservatório Billings. O art. 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assim estabeleceu:

Artigo 46 - No prazo de três anos, a contar da promulgação desta Constituição, ficam os Poderes Públicos Estadual e Municipal obrigados a tomar medidas eficazes para impedir o bombeamento de águas servidas, dejetos e de outras substâncias poluentes para a represa Billings.

17. A solução encontrada restou juridicamente materializada pela Resolução Conjunta da Secretaria do Meio Ambiente e da Secretaria de Saneamento e Energia n° 3/92, sucedida pela Resolução Conjunta SMA/SSE n° 2 de 19 de fevereiro de 2010, que trata de procedimentos a serem adotados em casos de emergência na operação do sistema hídrico da bacia do Alto Tietê e bacias a ela interligadas. Em resumo, a mencionada resolução estabelece as situações excepcionais em que o bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings pode ocorrer. A redação dos arts. 1º e 2º da mencionada resolução são bastante representativos, razão pela qual se transcrevem:

Art. 1º - Os órgãos responsáveis pela operação do sistema hídrico da bacia do Alto Tietê e das bacias a ela interligadas ficam autorizados a proceder ao bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings, quando ocorrerem as seguintes situações de emergência:

⁶ FARIA, Antonio Augusto da Costa. *A Light e a utilização dos recursos hídricos da Bacia do Alto Tietê para a geração de energia elétrica*. Notas Ambientais n° 24, junho de 2000. Acessível em: <http://arquivo.ambiente.sp.gov.br/cea/2011/12/AntonioAugusto.pdf>



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

I – sobrelevação de 20 a 30 cm do nível d'água do Rio Tietê, a montante da Barragem Móvel, ou no Canal Pinheiros Inferior, de forma que seja iniciado o bombeamento:

a) ao ser atingida a sobrelevação mínima de 20 cm, com registro de chuvas maiores que 20 mm pelo Radar Meteorológico de São Paulo, operado pelo DAEE;

b) ao ser atingida a sobrelevação mínima de 30 cm, com qualquer registro de chuvas pelo referido radar;

II – sobrelevação mínima de 30 cm do nível d'água do Canal Pinheiros Superior;

III – descarga do Reservatório do Guarapiranga para o Canal Pinheiros Superior para controle de cheias desse reservatório.

§ 1º - Os níveis d'água do Canal Pinheiros Inferior poderão ser obtidos nas proximidades da Usina Elevatória de Traição junto à Estrutura de Retiro.

§ 2º - Os níveis d'água do Canal Pinheiros Superior poderão ser obtidos nas proximidades das usinas elevatórias de Traição e Pedreira.

Art. 2º - Os Secretários de Estado do Meio Ambiente e Saneamento e Energia poderão, conjuntamente, determinar a retomada do bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings, nas seguintes situações:

I – queda da cota na tomada d'água da Usina Henry Borden a níveis insuficientes para assegurar o fornecimento de energia elétrica em situações emergenciais;

II – formação de espumas surfactantes no Rio Tietê, a jusante de Edgard de Souza, que venham a extravasar o espelho d'água;

III – formação de “bloom” de algas nos corpos hídricos da Região Metropolitana de São Paulo e Médio Tietê, comprometendo sua qualidade para fins de abastecimento público.

Parágrafo único – Em caso de impedimento de um dos Secretários, a autorização pode ser dada somente por um deles, “ad referendum” do impedido, na primeira oportunidade. (sem grifos no original)

18. A partir desse momento, restou evidenciado que a inversão do curso do rio e o bombeamento de águas para a Represa Billings não teria por finalidade precípua a geração de energia elétrica (art. 1º, *caput*), mas, sim, o controle de cheias (art. 1º, I, II e III, e art. 2º, II) e a qualidade da água para fins de abastecimento público (art. 2º, III). Excepcionalmente, nos casos em que a cota na tomada d'água ameaça o fornecimento de energia elétrica em situações emergenciais, o bombeamento visará a geração de energia elétrica, objetivo da Usina Henry Borden (art. 2º, I).

19. Como se percebe nos quadros abaixo, a reversão dos fluxos dos rios Tietê e Pinheiros não fazem parte da operação “normal” da EMAE e ocorre nas situações que requerem o “controle 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



20. Com efeito, a restrição ao bombeamento das águas dos rios Tietê e Pinheiros, autorizado apenas na ocorrência de situações de emergência, reduziu enormemente a geração de energia elétrica pela EMAE. Em medida cautelar de protesto interruptivo da prescrição em face do Estado de São Paulo (fls. 567-573), ajuizada com objetivo de resguardar direitos da Companhia em relação à redução da sua capacidade de geração de energia elétrica, a EMAE estimou prejuízos anuais de mais de R\$ 230.000.000,00 (duzentos e trinta milhões de reais). Em seu site⁷, a Companhia informa que a restrição reduz em 75% aproximadamente a energia produzida em Henry Borden.

⁷ <http://www.emaec.com.br/conteudo.asp?id=Usina-Hidroeletrica-Henry-Borden>.



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. É nesse contexto, após a promulgação da Constituição do Estado de São Paulo de 1989 e a edição da Resolução Conjunta da Secretaria do Meio Ambiente e da Secretaria de Saneamento e Energia n° 3/92, que os normativos citados pela defesa, assim como as cláusulas do contrato de concessão, devem ser interpretados. Assim, se a Lei Estadual n° 2.109/25 e o Decreto Estadual n° 4.045/26 estabeleceram a obrigação da Light de estabelecer a vazão normal dos rios que houver represado, isso não significa que toda a atividade de controle de cheias tem conexão com a geração de energia elétrica. Ao contrário, como visto, atualmente tal conexão é apenas eventual.

22. Da mesma forma, o contrato de concessão estabelece obrigações “relativas à exploração de potenciais hidráulicos para fins de geração de energia elétrica” (Cláusula Segunda) e “relacionadas ou decorrentes da exploração das Usinas Hidrelétricas” (Cláusula Décima) e deve ser interpretado reconhecendo-se que os Serviços de Controle de Cheias não são executados primordialmente para a exploração do potencial hidráulico. O contrato de concessão, portanto, não engloba a atividade e os custos relacionados ao controle de cheias.

23. Mais do que isso, a redação das cláusulas citadas pelo Acusado não permitem concluir que a EMAE seja responsável por toda e qualquer atividade de controle de cheias. Respeitar os limites das vazões de restrição é uma obrigação geral de todas as concessionárias de geração, assim como cumprir a legislação ambiental e de recursos hídricos, em vista da natureza do serviço prestado e sua íntima relação com o movimento das águas. É cediço que a geração de energia elétrica por meio de energia hidráulica pode gerar grandes impactos ambientais e sociais, especialmente no caso do Brasil, onde, dentre as fontes de energia exploradas, a hídrica representa 64,49%⁸.

24. Não à toa, as obrigações destacadas pelo Acusado são comuns a todos os concessionários, podendo ser identificadas em diversos contratos de concessão de energia⁹, não sendo específicas para a EMAE e tampouco podendo ser interpretados como indicativo de que o serviço de controle de cheias realizado pela Companhia esteja incluído na concessão e que, portanto, não deveria ser remunerado pelo seu beneficiado, o Estado de São Paulo.

25. A questão relativa à inserção ou não dos Serviços de Controle de Cheias no escopo do contrato de concessão para geração de energia elétrica foi objeto de análise pela ANEEL que identificou “a prestação de serviços considerados como atividades atípicas à concessão de serviço público de energia elétrica, relativamente ao controle de cheias dos rios Tietê e Pinheiros, no Estado de São Paulo”, determinando, assim, que os custos relativos à atividade deveriam ser separados contabilmente na proporção determinada por aquela agência reguladora¹⁰.

⁸ V. <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/FontesEnergia.asp>, acesso em 11.05.18.

⁹ Em consulta ao site da ANEEL, ao verificar os dez últimos contratos celebrados, vê-se que todos preveem tais obrigações (v. <http://www.aneel.gov.br/contratos-de-geracao>; acesso em 10.05.18).

¹⁰ Conforme consta no processo administrativo que culminou na lavratura de auto de infração (doc. ANEEL n° 48536.023435/2001-00, 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

26. Com efeito, após uma análise detida dos principais pontos envolvendo a matéria, quais sejam, (i) os direitos e obrigações da concessão historicamente, (ii) o potencial das usinas integrantes do complexo gerador, (iii) as estruturas integrantes do sistema hidráulico da EMAE, e (iv) a atividade de controle de cheias, a ANEEL concluiu que “[e]xiste a necessidade de segregação dos custos de geração e atividades atípicas (controle de cheias), fundamentada em critérios adequados, a fim de evitar impactos indevidos na tarifa de energia elétrica da EMAE”, tendo sido lavrado auto de infração para aplicar uma multa à EMAE por não ter atendido as determinações daquela Autarquia.

27. Irresignada, a EMAE recorreu da decisão que, contudo, foi mantida por aquela agência¹¹. No voto condutor proferido pelo Diretor Geral da ANEEL, Jerson Kelman, é afastado, de plano, qualquer exame sob a perspectiva jurídica¹² em razão de a matéria estar adstrita ao âmbito técnico, conforme parecer emitido pela Procuradoria Federal da ANEEL. Para melhor esclarecer a controvérsia, oportuno transcrever trechos do bem fundamentado voto:

38. Para exercer a operação desse sistema hidráulico, que objetiva reduzir os riscos de inundação, a EMAE firmou contrato com DAEE, principal alvo das determinações expedidas pela fiscalização e que redundaram no Auto de Infração objeto de impugnação pela Recursante.

39. 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. Dessa diferença emana o principal argumento para segregar da atividade principal as receitas e despesas vinculadas à atividade acessória.

(...)

41. O mesmo Contrato [de concessão], em sua Cláusula Sexta, inc. XIV, que trata dos encargos da concessionária e condições de exploração dos aproveitamentos hidrelétricos, prescreve que a EMAE tem a obrigação de **MANTER REGISTRO CONTÁBIL, EM SEPARADO, DAS ATIVIDADES ATÍPICAS** que não sejam objeto destas concessões, ou constituir outra empresa para o exercício das mesmas.

(...)

¹¹ Prevaleceu o entendimento do relator de voto vista, o Diretor Geral Jerson Kelman, que manteve a multa no valor de R\$138.111,18, em reunião realizada em 19.09.05.

¹² Ao receber o processo, o relator encaminhou os autos à Procuradoria, por meio do Memorando nº 48/2001-DR/ANEEL, de 28.08.01, para que se manifestasse sobre a defesa apresentada, no sentido de “*subsidiar nosso julgamento e voto, em especial para esclarecer se podem ser consideradas atividades atípicas daquelas próprias de uma concessão de serviço público de energia elétrica 1-a prestação de serviços de controle de cheias dos Rios Tietê e Pinheiros no Estado de São Paulo; 2-a manutenção e operação de estruturas hidráulicas; 3-o manejo e operação de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria com base em contrato assinado com o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, do Estado de São Paulo*” (doc. ANEEL nº 48510.029823/2001-00). Em resposta a Procuradoria afirmou que “*a questão inerente à natureza das atividades enumeradas no Memorando nº 48/2001-DR/ANEEL depende de análise técnica, que por requerer conhecimentos de um engenheiro especialista em assuntos de energia elétrica, extrapolam o âmbito dessa Procuradoria Federal*” (grifou-se) (Informação nº 361/2004-PF/ANEEL, de 20.10.04, integrante do doc. ANEEL nº 48516.081998/2004-00).



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

43. Contudo, 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. (grifou-se)

28. Ao concluir, o Diretor Geral afirma que a concepção original do sistema criado no início da década de 1920 não subsiste e o sistema atual, que envolve o uso múltiplo dos recursos hídricos e que alterou a vocação do Reservatório Billings, exorbitaria a concessão, de modo que, enquanto a qualidade da água não permitir o restabelecimento do bombeamento, haverá colisão na utilização destes recursos de uso múltiplos na região metropolitana de São Paulo e a geração de energia na Usina Henry Borden.

29. Diante do posicionamento técnico da ANEEL, agência reguladora do setor elétrico responsável por regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica¹³, e dos argumentos já expostos neste voto, tenho que a discussão sobre o controle de cheias integrar ou não a concessão resta superada.

30. Nada obstante, o assunto foi levado ao Poder Judiciário em ação ordinária proposta pela EMAE em desfavor da ANEEL visando anular o referido auto de infração, pois, no entendimento da Companhia, não haveria que se falar na segregação contábil dos serviços relativos ao controle de cheias dos rios Tietê e Pinheiros, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo e operação de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria. Segundo a Companhia, “apesar de serem ordinariamente atípicas, tratam de atividades típicas à concessão de energia elétrica concedida à Autora”.

31. A sentença proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em 30 de novembro de 2009, julgou improcedente o pedido com exame de mérito¹⁴, cabendo transcrever os excertos de destaque:

Ora, não vislumbro qualquer ilegalidade ou desacerto na conduta da ANEEL, que apenas aplicou a penalidade descrita na lei em virtude da autora já ter sido notificada e ter continuado a descumprir a determinação imposta pelo agente fiscalizador. Importante registrar ainda, que no período de 09 a 28/08/1999, a empresa autora sofreu fiscalização tendo sido constatado que os pontos que motivaram a emissão do auto de infração anterior, são os mesmos de agora e que, também, não haviam sido sanados pela concessionária, suscitando reiteradas determinações para a justificativa e comprovação documental das operações com o DAE (cf.fl.40).

(...)

¹³ Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

¹⁴ Contra a sentença foi interposto recurso de apelação, ainda pendente de julgamento.



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

No que se refere à tipicidade ou não das atividades discutidas no presente feito, acrescenta-se que, analisando os autos, conclui-se que realmente se trata de uma atividade dissociada da geração de energia elétrica, propriamente dita. Por isso, a determinação da ré de não se vincular referidas despesas às de geração de energia, a fim de que não sejam repassados ao consumidor de energia elétrica tais custos, isso porque, a ocorrência das cheias nos rios daquela cidade é um problema do Estado e não do consumidor de energia elétrica que sofreria com tal encargo.

(...)

Contudo, a autora insiste em associar os dois conceitos, trazendo aos autos laudos periciais na tentativa de demonstrar a similitude entre as duas tarefas. Entretanto, não logrou demonstrar a tipicidade capaz de desconstituir o Auto de Infração, ora em discussão. Apenas, ficou evidente o seu temor em sofrer um desequilíbrio econômico-financeiro em virtude da execução dessas ditas tarefas em face de compromisso outrora assumido com o Estado de São Paulo, ou seja, de controlar as cheias dos rios Tietê Pinheiros, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo e operação de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria.

32. Aliás, instigada pela SEP, a ANEEL voltou a manifestar-se sobre o assunto por meio do Ofício 644/2015-SFF/ANEEL, de 6 de novembro de 2015 (fls. 1024/1025). Na oportunidade, reiterou o entendimento de que a prestação do Serviço de Controle de Cheias não é atividade atinente à geração de energia elétrica.

33. Por fim, importa afastar o argumento de que o entendimento da ANEEL sobre a matéria não seria conclusivo antes do pronunciamento final do Poder Judiciário. Conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal¹⁵, as instâncias cível, penal e administrativa são independentes, de modo que não há obrigação de a ANEEL ou a CVM aguardar a manifestação final do judiciário para proferir sua decisão, o que contrariaria a separação de poderes, enfraqueceria o poder de polícia e desprestigiaria a especialização técnica dos órgãos da Administração Pública¹⁶.

¹⁵ Nos termos da recente decisão do Egrégio Superior Tribunal Federal, proferida em 02.05.2017 no âmbito do agravo regimental em mandado de segurança nº 34.420/DF.

¹⁶ Adicionalmente, vale mencionar que por conta do princípio da inafastabilidade do controle judicial, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de fato a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, tal apreciação sofre limitações, como pontua José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que “o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade (...), sendo vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, apreciar o que se denomina mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público, (...) caso contrário estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde, obviamente, à sua competência” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 23 ed., ed. ver., ampl. e atualizada até 31.12.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1105-1106).



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

II.2 A ATIVIDADE DE CONTROLE DE CHEIAS E A MISSÃO PÚBLICA QUE JUSTIFICOU A CRIAÇÃO DA COMPANHIA

34. O segundo argumento trazido pelo Estado de São Paulo é no sentido de que a atividade de controle de cheias estaria perfeitamente inserida no objeto social da Companhia e integraria a missão pública que justificou a criação da EMAE. O Acusado destacou, em especial, o seguinte trecho do estatuto social¹⁷:

ARTIGO 2º - Constitui objeto da sociedade:

(...)

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;

35. Nesses termos, o Acusado destaca que está expressamente previsto que cabe à EMAE desenvolver as atividades relacionadas às barragens de acumulação e sistemas hidráulicos destinados ao aproveitamento múltiplo das águas e, ainda, que a bacia hidrográfica do Alto Tietê é um importante manancial para o estado de São Paulo, que oferta água para diversos usos.

36. Assim, em um primeiro momento, o objetivo foi a geração de energia, tendo, ao longo do tempo, se agregado a essa função inicial o controle de cheias e a produção de água para abastecimento da região metropolitana, sendo claro que o controle de vazão dos rios seria inerente ao uso múltiplo de águas.

37. Sob essa perspectiva, o controle de cheias seria essencial sob o viés do uso múltiplo da água e se reverteria para a geração de energia elétrica, objetivo primordial da Companhia, tendo o Estado agido de acordo com as diretrizes da legislação setorial, dentro dos limites do objeto e do interesse social, do qual o interesse público que justificou a sua criação é parte integrante, não tendo havido abuso, que só ocorreria quando o controlador usa seu poder de comando para atingir objetivo estranho ao interesse da companhia.

38. De fato, não somente o estatuto como os normativos que historicamente disciplinaram a matéria, assim como o contrato de concessão, preveem obrigações de caráter ambiental. Tal ponto, entretanto, já foi rebatido anteriormente neste voto, tendo razão a Acusação quando afirma que tais dispositivos não podem ser interpretados dissociados de seu contexto original, que é justamente a geração de energia hidroelétrica, motivo pelo qual esse argumento trazido pela defesa também não merece prosperar.

¹⁷ Redação do estatuto social que incorporou as alterações introduzidas pela AGE de 29.04.11, datado de 13.06.11, parte integrante da defesa apresentada (anexo 3 do documento 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

39. De forma análoga, devem ser interpretados os dispositivos do estatuto social da Companhia. Dessa forma, ainda que conste do objeto social¹⁸ da EMAE atividades relacionadas à manutenção e operação de *barragens de acumulação, sistemas hidráulicos e outros empreendimentos destinados ao aproveitamento múltiplo das águas* (Art. 2º, inc. III, do estatuto social), tais atividades estarão relacionadas com o interesse público que justificou a criação da empresa tão somente na medida em que se relacionarem à geração de energia elétrica. Isto porque, da própria análise dos normativos históricos a que se refere a defesa, não verifico que o interesse público que justificou a criação da Companhia seja o tratamento de esgoto, o controle de enchentes ou o abastecimento público de água.

40. De outro modo, o estatuto social da companhia viabiliza a execução de atividades diversas não relacionadas ou parcialmente relacionadas com a geração de energia, como o Serviço de Controle de Cheias, afastando a pretendida incidência da regra excepcional de que trata o art. 238¹⁹, da Lei nº 6.404/76. Tratam-se de atividades comerciais, meramente privadas, que decorrem do aproveitamento negocial do patrimônio e das características da Companhia, como se percebe a partir dos seguintes itens do mesmo estatuto:

ARTIGO 2º - Constitui objeto da empresa:

(...)

¹⁸ ARTIGO 2º - Constitui objeto da empresa:

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;

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.

¹⁹ Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.



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

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;

41. Assim, tenho como indevida a discussão da matéria à luz da regra especial veiculada pela parte final do artigo 238, da Lei da S.A., devendo-se reconhecer, *in casu*, que os deveres e as responsabilidades do Estado de São Paulo são idênticos àqueles a que se submetem acionistas controladores de natureza privada²⁰, inclusive, por evidente, os descritos nos artigos 116 e 117, da Lei da S.A. Aliás, o comando descrito no art. 238 da mesma Lei não afasta o dever geral de conformação; ao contrário, o reitera, destacadamente quando a atividade da companhia não estiver vinculada ao interesse público que justificou a sua criação.

42. Com efeito, na delimitação do interesse público que justificou a criação da companhia, deve o intérprete estar atento à própria excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado e à sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Por subverter o regime jurídico privado comum à atividade econômica, o comando constitucional exige postura restritiva por oportunidade da caracterização do interesse público no exercício de atividades pela companhia, seja na interpretação direta dos termos da Lei de criação seja na avaliação da permanência das circunstâncias fático-jurídicas que a ensejaram. No caso vertente, implica reconhecer que o Serviço de Controle de Cheias não se vincula ao interesse público que justificou a criação da

²⁰ Neste ponto, é sempre pertinente a citação do precedente do Colegiado consignado no julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 2013/6635, Diretora Relatora Luciana Dias, segundo a qual: “45. O art. 238 não parece afastar os deveres e responsabilidades atribuídos a qualquer acionista controlador ou modificar as regras gerais às quais está sujeita qualquer companhia aberta. Ao contrário, reafirma-os e, em caráter excepcional, estabelece apenas que as atividades da companhia poderão ser conduzidas pelo controlador (e exclusivamente pelo controlador) de modo a atender o interesse público que justificou a sua criação. 46. Na verdade, a principal consequência do art. 238 não é um regime de exceção justificado pelo interesse público, mas, sim, a confirmação de que o regime jurídico societário, construído e desenvolvido ao longo do tempo como um parâmetro de convívio para a proteção dos interesses típicos de uma coletividade dos sócios, permanece incólume e aplicável à disciplina das situações de conflito que podem opor os acionistas, sejam eles públicos ou privados. 47. O que, a meu ver, o art. 238 parece impedir é que se questione as decisões do controlador quando elas visam a promover o interesse público primário que justificou a criação da companhia. Em outras palavras, a lei permite ao controlador público uma lógica diferente daquela que impõe ao controlador privado. 48. A Lei, no entanto, não dá ao controlador público poderes mais amplos ou prerrogativas diferentes daquelas que dá ao controlador privado. O controlador público, nesta capacidade, não tem uma competência maior que a dos controladores privados. Ele tampouco se submete a um regime societário diferente.(...)”



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

EMAE (aproveitamento do potencial hidráulico para geração de energia elétrica), sob pena de alargamento indevido dos motivos determinantes de sua constituição.

43. Conclui-se, dessa forma, que ao orientar a Companhia a executar serviço destinado a satisfazer interesse público distinto daquele que justificou a sua criação e sem a devida remuneração, incorre o Estado de São Paulo em infração à norma societária.

II.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA COMPANHIA

44. Por fim, o último argumento trazido pela defesa refere-se ao equilíbrio econômico-financeiro da Companhia. Afirma o Acusado que no período de 2011 a 2015 repassou recursos 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.

45. 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 reconhecidos²¹.

46. 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.

47. 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.

²¹ 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 instalada”* e *“fator de capacidade”*, incluiria outras como *“tipos de turbinas”*, *“custos ambientais”* e *“controle 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

48. Inicialmente, quanto ao argumento de que o Contrato com o DAEE tinha por objeto apenas trazer o equilíbrio econômico-financeiro à Companhia, concordo com a Acusação quando afirma que a existência desse documento reforça a conclusão de que o controle de cheias excederia as obrigações da Companhia referentes à concessão, pois expressamente estabelece, como pressuposto²², que “a operação de controle de cheias, hoje realizada pela EMAE, ultrapassa os limites de sua obrigação como concessionária de serviços públicos, para caracterizar-se como serviço urbano de interesse regional ou estadual”.

49. Neste contexto, bem andou a Acusação ao dispor que se o controle de cheias fosse parte da concessão, como afirma o Acusado, não faria sentido algum que um contrato entre a EMAE e o Estado de São Paulo (representado pelo DAEE) regulasse detalhes de um serviço a ser prestado à União Federal, na qualidade de poder concedente, estabelecendo, inclusive, que o serviço poderia ser suspenso em caso de inadimplemento.

50. Para a SEP, seguir a lógica da defesa levaria a conclusão implícita de que o Contrato celebrado teria sido, na verdade, uma simulação entre as partes:

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. (grifou-se)

51. Aliás, o fato de o Estado ter repassado recursos à Companhia para a manutenção do Canal Pinheiros corrobora o entendimento de que certas atividades atinentes ao controle de cheias devem ser remuneradas pelo Estado, ou, ao menos, que a parcela preponderante dessas atividades

²² Dois outros pressupostos constantes do referido contrato merecem destaque:

(...) CONSIDERANDO os encargos atribuídos ao Estado no gerenciamento de recursos hídricos, de assegurar meios financeiros e institucionais que propiciem o aproveitamento dos recursos hídricos, nos termos dos arts. 212 e 205, inc. II e IV da Constituição do Estado de São Paulo, combinado com os arts. 8º e 3º, inc. IV e V da Lei Estadual nº 7.663, de 30/12/91; CONSIDERANDO, ainda, que o Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização, em sua 75ª reunião de 5 de março de 1998, recomendou, e o Exmo. Sr. Governador do Estado aprovou essa recomendação, no sentido de que o ressarcimento dos custos dos trabalhos da EMAE com a execução dos serviços concernentes ao controle de cheias, de responsabilidade do Poder Público, fosse suportado pelo Governo do Estado, através do DAEE, mediante a celebração de contrato entre as duas entidades (...) como consta da Ata da 75ª Reunião do mencionado conselho diretor e publicação no DOE de 12/03/98; (...). (grifou-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

que não aproveita a geração de energia deve ser remunerada pelo Acusado, pois tais serviços, igualmente, não integram a concessão, como extensamente já tratado neste voto.

52. Noutro ponto, o fato de ter havido uma grande mudança no modelo regulatório do setor elétrico a partir de 2012, que supostamente teria dispensado a segregação dos custos relacionados aos Serviços de Controle de Cheias e incluído tais custos nos cálculos da remuneração devida à Companhia, não altera o cenário prévio e suas consequências jurídicas. Ou seja, mesmo que assistisse razão à defesa, seria necessário reconhecer a ocorrência da infração no período de 2003 a 2012, ainda que a Acusação tenha acertadamente se limitado aos fatos ocorridos a partir de 26.09.07, cinco anos antes da instauração do processo.

53. A rigor, o objetivo da defesa com esse argumento é sustentar que, após a alteração do marco regulatório advinda da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, convertida na Lei nº 12.783, de 11 de setembro de 2013, os custos com o Serviço de Controle de Cheias estariam sendo remunerados, pois a tarifa fixada pelo poder concedente incluiria “os custos incorridos em todo complexo Henry Borden”. Assim sendo, não haveria falar-se em infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, já que a EMAE estaria sendo remunerada, ainda que não pelo Estado de São Paulo.

54. Sobre esse ponto, é oportuno destacar inicialmente que, nos termos da Lei nº 10.848/04 e do Decreto nº 5.177/04, e antes do advento da MP nº 579/12, as prestadoras de serviços públicos de geração de energia elétrica, como a EMAE, não eram remuneradas por tarifa, mas por preço fixado por lotes de MW médios em leilões de energia promovidos pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. A EMAE vendia seus lotes de energia em leilões, dos quais participam as distribuidoras (estas, sim, remuneradas por tarifas), cujo preço teto era o mesmo para todas as vendedoras (geradoras), no ambiente de contratação regulada. Nesse contexto, não é realmente possível assegurar que os custos adicionais relativos ao Serviço de Controle de Cheias pudessem estar sendo remunerados pelas adquirentes (distribuidoras).

55. O novo modelo remuneratório de geração de energia da Companhia tem por fundamento a Receita Anual de Geração (RAG), que é o valor em Reais (R\$) a que a geradora de energia elétrica tem direito pela disponibilização da Garantia Física, em regime de cotas de garantia física, de energia e de potência da usina hidrelétrica. Esse valor é pago em parcelas duodécimas e sujeito a ajustes de indisponibilidade ou desempenho da geração. A RAG é composta dos custos regulatórios de operação, manutenção, administração, remuneração e amortização da Usina Hidrelétrica, sendo reajustada anualmente em julho, além de sofrer revisão a cada 5 anos.

56. Nesse novo cenário, diante do conjunto fático-probatório constante dos autos, não é possível asseverar que todas as atividades do Serviço de Controle de Cheias estão sendo adequadamente remunerados (por tarifa e, não, pelo Estado de São Paulo). Mais do que isso, não há a informação de que a ANEEL tenha reconhecido a validade da inclusão dos respectivos custos



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

na composição das despesas que deveriam ser remuneradas pela RAG. Ao contrário, conforme já relatado no item 32 deste voto, a ANEEL reiterou por meio do Ofício 644/2015-SFF/ANEEL, de 6 de novembro de 2015 (fls. 1024/1025) o entendimento de que a prestação do Serviço de Controle de Cheias não é atividade atinente à geração de energia elétrica, devendo-se concluir que seus custos não deverão ser considerados para o cálculo da tarifa.

57. Nesse sentido, é bastante ilustrativa a Nota Técnica nº 006/2006-SCG/SRG/ANEEL, de 17 de fevereiro de 2006 (fls. 189/194) por meio da qual aquela agência analisa o pedido da EMAE de desativação parcial da Usina Hidrelétrica Henry Borden, com 8 (oito) unidades geradoras, como forma de viabilizar economicamente o empreendimento, até que haja disponibilidade hídrica adicional para retomada parcial ou total da capacidade de geração. Conforme relata a ANEEL, a Companhia apresentou a situação de dificuldade decorrente dos encargos de uso do sistema de transmissão da usina, considerando que devido às restrições ambientais, alheias ao setor elétrico, tinha sua energia assegurada de 108 MWmed, porém os citados encargos eram calculados com base na potência instalada de 889,7MWmed. Nesse contexto, é claramente im procedente a alegação de que os custos dos Serviços de Controle de Cheias seriam remunerados pelas receitas da concessão, pois, como visto, a mesma era deficitária justamente pelo baixo aproveitamento das águas a que a Companhia estava submetida.

58. Com efeito, a conclusão da ANEEL na análise do pedido é que *“face às condições específicas da usina e em função das restrições ambientais impostas, que limitam a geração de energia, cabe ao Governo do Estado de São Paulo, que detém o controle acionário da EMAE, efetuar estudos e desenvolver ações com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, conforme compromisso assumido perante o Poder Concedente”*. De fato, a Nota Técnica relata diversas oportunidades nas quais o Estado de São Paulo reconhece o desequilíbrio financeiro da concessão e afirma reconhecer sua responsabilidade na solução do problema. Para o mérito deste processo, destaca-se o seguinte trecho:

Em 18 de novembro de 1997, o Governador do Estado de São Paulo encaminhou o Ofício GG.MC. nº 248/97 ao Ministro de Minas e Energia, tratando do Programa Estadual de Desestatização do Governo do Estado de São Paulo, no qual está explicitado: *“Como é do conhecimento de Vossa Excelência, a utilização da plena capacidade de geração na Usina Hidroelétrica Henry Borden vem sofrendo crescentes restrições por conta de dispositivo da Constituição Estadual que determinou a recuperação ambiental do Reservatório Billings e pela prioridade de utilização de suas águas para o abastecimento público. Esta restrição, aliada aos custos de capital e manutenção e operação do sistema, exige uma solução por parte do Governo do Estado, solução essa que garanta o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. levando em conta não apenas as tarifas de suprimento de energia elétrica a serem homologadas pelo Poder Concedente, como o rateio dos custos aos demais beneficiários dos serviços prestados pela empresa.”* Finalizando o Ofício, afirma: *“Considerando esse cenário e a necessidade premente de continuidade do Programa Estadual de Desestatização, vimos dar ciência a Vossa*



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

Excelência de que o Governo do Estado de São Paulo adotará as medidas necessárias para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE – Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A. e solicitamos o encaminhamento deste pleito ao DNAEE”. (grifou-se)

59. A fim de demonstrar que os Serviços de Controle de Cheias não eram equacionados pela operação da Companhia, é contundente o Relatório a Diretoria (fls. 387/390) preparado pelo Diretor-Presidente da EMAE, Ricardo Borsari, e apresentado à diretoria em 24 de agosto de 2012 com o objetivo de aprovar a contratação de escritório de advocacia para a promoção de medidas judiciais²³ para a indenização dos prejuízos sofridos pela Companhia. Ao descrever os custos suportados pela EMAE sem a devida compensação, o executivo assevera:

Mais impactante ainda são os custos de operação e manutenção do Canal Pinheiros e das usinas elevatórias de Traição e Pedreira, estruturas integrantes do referido Sistema Hidroenergético, **atualmente utilizados exclusivamente para o controle de cheias**, mas cujos volumes de água bombeados não agregam, na prática, energia à Usina Henry Borden, pois são muito inferiores aos volumes retirados pela SABESP dos reservatórios da EMAE. (grifou-se)

60. Por fim, diante desse cenário e a par de diversos outros documentos dos autos que demonstram essa situação da Companhia, registro que tenho por prejudicado eventual debate jurídico quanto à regularidade da conduta do Estado de São Paulo caso os Serviços de Controle de Cheias estivessem sendo custeados por tarifa. Mantida a premissa de que tais serviços não se revertem necessariamente ou integralmente para a geração de energia elétrica, teríamos hipótese na qual atividades de interesse estadual seriam custeadas pelos consumidores de energia elétrica por meio de concessão pública federal. Nesse caso, mesmo sem prejuízo financeiro direto para a companhia e seus acionistas, e independentemente da competência da ANEEL para análise da legalidade da conduta e da eficiência econômica do modelo, perquirir-se-ia no âmbito desta comissão o conteúdo do dever de lealdade do Estado de São Paulo para com a comunidade em que atua, nos termos do art. 116, parte final do parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, e os requisitos para transações com partes relacionadas.

III. DAS RESPONSABILIDADES

61. A Acusação foi construída a partir do fato de que o Estado de São Paulo, com a suposta finalidade de ajustar a situação econômica da Companhia, teria contratado a EMAE para prestar os Serviços de Controle de Cheias e, em um segundo momento, sob o argumento de ter-se alcançado tal equilíbrio, parou de pagar deliberadamente pelos serviços prestados pela Companhia,

²³ Trata-se da Medida Cautelar de Protesto Interruptivo da Prescrição (fls. 416/ 424), ajuizada em 1º de outubro de 2012, em desfavor da SABESP e do DAAE, da Ação de Instituição de Compromisso Arbitral, contra a SABESP, entre outras medidas.



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

serviços esses de interesse público a serem assegurados pelo ente estatal que, neste caso, era também o acionista controlador da EMAE.

62. A Acusação propôs a responsabilização do Estado de São Paulo por infração ao disposto no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual 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.

63. Nesses termos, considerando os argumentos apresentados neste voto, tenho que o Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE, por ter se beneficiado gratuitamente do Serviço de Controle de Cheias prestado pela Companhia, infringiu o disposto no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76. Assim, com fundamento no art. 11, inciso II e §1º, inciso I, da Lei nº 6.385/76, considerando a capacidade econômica do infrator, a gravidade em abstrato do delito e, como agravante, a prática reiterada da conduta, voto pela **condenação do Acusado ao pagamento de multa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**.

64. Por sua vez, a SEP concluiu por não atribuir responsabilidade aos administradores da EMAE. A Acusação considerou o caráter continuado da suposta prática irregular e entendeu que “*seria excessivo responsabilizar os administradores por não terem adotado outras medidas com vistas a fazer com que a EMAE fosse remunerada pela prestação do Serviço de Controle de Cheias*”. Dito de outra forma, a Acusação entendeu regular a decisão tomada pela administração da Companhia de prosseguir com a prestação dos serviços ao Estado, mesmo sem a devida contraprestação.

65. 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.

66. 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 “*difícilmente obteria compensação do Estado de São Paulo, dadas as manifestações anteriores ostensivas e voluntárias da própria EMAE admitindo não fazer jus a essa remuneração*”.

67. Quanto à conduta dos administradores da Companhia, entendo, entretanto, que cabe à administração, e em particular à diretoria, o poder de gerir, que “*consiste em deliberar e decidir a respeito dos negócios sociais*”²⁴, cabendo aos diretores conduzir o processo de negociação que

²⁴ LEÃO JR., Luciano de Souza, in LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coordenadores), *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 2ª ed., atual. e ref., p. 773.



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

precede a contratação, em nome da companhia, com terceiros (artigos 138 e 139). Na hipótese de serem identificadas falhas nesse processo, cumpre aos administradores, nos limites de suas atribuições, responder pelas consequências de seus atos comissivos ou omissivos em face de seus deveres estabelecidos nos artigos 153 a 157 da Lei nº 6.404/76. Em se tratando de transações com partes relacionadas, impõe-se aos administradores, nos termos do art. 245 da Lei nº 6.404/76²⁵, o dever de zelar para que a contratação seja realizada observando “*condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado*”, sob pena de responsabilização por eventuais danos causados.

68. No caso vertente, conquanto reconheça certa razoabilidade na decisão da SEP de não requerer a responsabilização dos administradores por oportunidade do Termo de Acusação, tenho que postura diversa deverá ser adotada caso o Colegiado desta CVM acompanhe as razões deste voto e não se iniciem imediatamente esforços objetivos e evidenciáveis destinados a superar a situação irregular descrita no processo. Formada a convicção definitiva no âmbito desta comissão, a atuação sancionadora da Autarquia, conforme já registrado no item 33 deste voto, não requer o trânsito em julgado de discussão judicial, destacadamente quando ela se processa em face de órgão administrativo diverso e sobre questões jurídicas diferentes, ainda que as circunstâncias fáticas sejam correlacionadas. Além disso, é imperiosa a atuação das áreas técnicas desta CVM para a conformidade da atuação dos agentes supervisionados, nos termos da legislação de regência e das decisões do órgão regulador.

69. Por fim, na hipótese de se mostrar necessária nova atuação sancionadora desta Autarquia para apuração das responsabilidades pelos atos praticados após este julgamento, recomendo que a SEP apure o montante da vantagem econômica anualmente obtida, de modo a contribuir com a efetividade da decisão, nos termos do art. 11, § 1º, III, da Lei nº 6.385/76, com redação dada pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017.

É o voto.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2019.

HENRIQUE BALDUINO MACHADO MOREIRA
DIRETOR RELATOR

²⁵ Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.