



COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

EXTRATO DE SESSÃO DE JULGAMENTO

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM nº 19957.000714/2016-12 (RJ2016/802)

Data do julgamento: 29/01/2019

Acusado: Estado de São Paulo

Ementa: Responsabilidade do Estado de São Paulo, na qualidade de acionista controlador da EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia, pela suposta utilização, a título gratuito, de Serviços de Controle de Cheias prestados pela Companhia. Infração ao art. 116, parágrafo único da Lei nº 6.404/76. Multa.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, **por unanimidade** de votos, com fundamento no art. 11, inciso II e § 1º, inciso I da Lei nº 6.385/76, considerando a capacidade financeira do Estado de São Paulo, a gravidade em abstrato do delito e, como agravante para a dosimetria da penalidade, a prática reiterada da conduta, decidiu aplicar ao **Estado de São Paulo**, na qualidade de acionista controlador da EMAE, a **penalidade de multa pecuniária** no valor de **R\$ 500.000,00**, por ter-se beneficiado gratuitamente do serviço prestado por sua controlada, em infração ao art. 116, parágrafo único da Lei nº 6.404/76.

O Diretor Gustavo Machado Gonzalez, por entender ausentes elementos suficientes para a formação de sua convicção com relação à conduta dos administradores da EMAE, apresentou ressalva quanto à orientação do Diretor Relator de que a Superintendência de Acompanhamento de Empresas – SEP da CVM deveria adotar medidas para responsabilizá-los na ausência de esforços imediatos para superar a situação irregular descrita no processo.

O Presidente Marcelo Barbosa acompanhou a referida ressalva.

O acusado punido terá prazo de 30 dias, a contar do recebimento de comunicação da CVM, para interpor recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do art. 34 c/c art. 29 da Lei nº 13.506/17.

Presente a Procuradora Camila Rocha Cunha Viana, representante do Estado de São Paulo.

Presente o Procurador-federal Leonardo Montanholi, representante da Procuradoria Federal Especializada da CVM.

Participaram da Sessão de Julgamento os Diretores Henrique Balduino Machado Moreira, Relator, Carlos Alberto Rebello Sobrinho, Gustavo Machado Gonzalez e o Presidente da CVM, Marcelo Barbosa, que presidiu a Sessão.



Documento assinado eletronicamente por **Gustavo Machado Gonzalez, Diretor**, em 28/02/2019, às 12:42, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Alberto Rebelo Sobrinho, Diretor**, em 28/02/2019, às 12:53, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Henrique Balduino Machado Moreira, Diretor**, em 12/03/2019, às 14:10, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Santos Barbosa, Presidente**, em 18/03/2019, às 18:46, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.cvm.gov.br/conferir_autenticidade, informando o código verificador **0685968** e o código CRC **25F02F61**.

*This document's authenticity can be verified by accessing https://sei.cvm.gov.br/conferir_autenticidade, and typing the "Código Verificador" **0685968** and the "Código CRC" **25F02F61**.*



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 insitos 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 nº 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 1 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 *“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”*.

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 conversar 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.



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. Afirma 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 Nº, 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

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 recalçados 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 nº 3/92, sucedida pela Resolução Conjunta SMA/SSE nº 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 nº 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 ameace 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.emae.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 nº 3/92, que os normativos citados pela defesa, assim como as cláusulas do contrato de concessão, devem ser interpretados. Assim, se a Lei Estadual nº 2.109/25 e o Decreto Estadual nº 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 nº 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, acrescente-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 improcedente 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.

