

PARECER

I – A consulta

Honrando-nos com pedido de parecer jurídico, o CONSELHO FISCAL DA EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S.A. - EMAE, remete cópias de textos legais, pareceres, estudos e dados, relativos à esta empresa, detentora de concessão de geração de energia elétrica. Os elementos remetidos pelo CONSELHO FISCAL expressam a situação descrita a seguir :

a) A EMAE é sociedade de economia mista, sob controle do Governo do Estado de São Paulo, criada em 01.01.1998, resultante do processo de cisão da Eletropaulo. Detém concessão federal para produção e comercialização de energia elétrica, gerada a partir da Usina Termelétrica Piratininga e dos recursos hídricos das bacias do Alto e Médio Tietê, Baixada Santista. Para atuar na geração de energia elétrica, opera estruturas hidráulicas, canais e reservatórios, mediante os quais também atenua enchentes na região metropolitana de São Paulo.

b) Resultante da cisão da Eletropaulo, sucessora de algumas de suas atribuições, sendo esta, por sua vez, sucessora da *Light & Power*, a EMAE prosseguiu nas atividades de geração de energia atreladas à operação de estruturas hidráulicas também para controlar enchentes, atividades estas que



vêm sendo realizadas desde a década de 30 do século XX, portanto, há cerca de 80 (oitenta) anos.

c) Antes da instituição da EMAE o então Governador do Estado, Mário Covas, enviou ofício ao Ministro das Minas e Energia (datado de 18.11.1997), afirmando que o Governo do Estado adotaria as medidas necessárias para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE e informando que a EMAE desempenhava um papel no controle de cheias da Região Metropolitana de São Paulo, associado à operação do seu sistema hidroenergético.

d) Para tanto, foi celebrado contrato entre a EMAE e o DAEE, no valor de 360 (trezentos e sessenta) milhões de reais, com o prazo de 57 (cinquenta e sete) meses, objetivando o controle das cheias no sistema Tietê/Pinheiros, a manutenção de estruturas hidráulicas, o manejo de reservatórios e operação de postos de telemedição de pluviometria e fluviometria. O contrato se encerrou em 07 de janeiro de 2003.

e) Desde fins de 1998 a ANEEL, que homologou a criação da EMAE sem ressalva alguma, vem solicitando à esta que efetue a segregação contábil dos custos do que denomina **atividades atípicas**, referentes ao controle de enchentes do sistema Tietê/Pinheiros, manutenção e operação das estruturas hidráulicas, manejo e operação de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria.

f) A partir de então ocorreu troca de correspondência oficial entre a EMAE e a ANEEL, tendo como eixo o enquadramento ou não dessas atividades como inerentes à concessão de energia. A ANEEL expediu termos de notificação, autos de infração e outros.



g) Mediante o último *Auto de Infração*, de nº 006, lavrado em 11.07.2001, a ANEEL aplicou, à Consulente, a multa elevada por não ter cumprido a determinação “quanto à segregação contábil, na proporção estabelecida, das atividades atípicas (sic) à concessão como: controle de cheias dos rios Tietê/Pinheiros, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo e operação de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria”.

h) Não sendo acolhido o recurso administrativo interposto, a EMAE ajuizou, em fevereiro de 2006, *ação anulatória* contra a ANEEL, visando ao desfazimento do referido auto de infração. A ação tramita na 13ª Vara Federal de Brasília. Alega a EMAE, em síntese, que o controle das enchentes revela-se inerente à concessão e figura como dever atribuído pelas normas da matéria.

i) Paralelamente ao aspecto do controle de cheias, outra questão emergiu, relativa ao **equilíbrio econômico-financeiro**. Conforme as atas de reuniões do Conselho Fiscal e o demonstrativo elaborado pelo Departamento de Contabilidade, vem ocorrendo, a cada ano, crescente déficit. Assim, registraram-se prejuízos, expressos em milhares de reais, nos seguintes exercícios: 1999 – 6.683; 2003 – 25.274; 2005 – 53.073; 2006 – 78.895, resultando em prejuízo acumulado, em fins de 2006, na ordem de 91.714 milhares. Outro dado a considerar: a partir do ano de 2000 se nota decréscimo progressivo na produção de energia elétrica. Por outro lado, a EMAE buscou reduzir custos com pessoal: em 1998 havia 1.354 (um mil trezentos e cinquenta e quatro) empregados e em 2007 o quadro apresenta-se com 806 (oitocentos e seis).

Vê-se, então, que duas questões relevantes vêm acompanhando a história da EMAE, praticamente desde sua criação: de uma parte, a exigência da ANEEL de segregação contábil das atividades de controle de enchentes; de



outra, o equilíbrio econômico-financeiro. Face a este cenário, refletido nos documentos apresentados, o Conselho Fiscal da EMAE formula a presente consulta, mediante a apresentação dos quesitos a seguir.

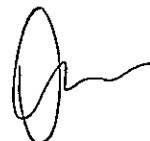
II – Quesitos

1º) Há respaldo legal para considerar as atividades de controle de enchentes dos rios Tietê/Pinheiros, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria como atividades típicas e inerentes à concessão de energia, de que é detentora a EMAE?

2º) O Estado de São Paulo tem obrigação de dar continuidade ao aporte de recursos previsto na criação da EMAE, dado que, em ofício ao Ministro de Minas e Energia, foi afirmado que o Governo do Estado garantiria o equilíbrio econômico financeiro da nova empresa?

3º) Há parcela de responsabilidade da União e da ANEEL, na situação?

A resposta sintética aos quesitos demanda breves considerações prévias sobre as concessões de serviços públicos. Depois será exposto o quadro normativo e contratual da concessão de que é detentora a EME. Na seqüência, serão apresentados os aspectos relativos à questão do controle de enchentes. Em seguida, se cuidará do problema do equilíbrio econômico-financeiro.



III - Concessões clássicas e contemporâneas

1. A **concessão de serviço público** vem sendo utilizada pela Administração desde o século XIX, muitas vezes sob a modalidade de concessão de serviço precedida de obra pública.

2. Na concepção clássica, a concessão é o contrato pelo qual o poder público – concedente, transfere ao particular – concessionário, a execução de um serviço ou a realização de uma obra seguida da exploração da mesma; o particular a efetua por sua conta e risco, recebendo remuneração com a tarifa paga diretamente pelo usuário do serviço.

Com estas características, a concessão de serviço público ou precedida de obra pública foi utilizada desde meados do século XIX, sobretudo na Europa, para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos estes que o poder público não podia assumir.

4. A partir da terceira década do século XX, registrou-se declínio do modelo clássico da concessão, em virtude do forte movimento de estatização.

5. Desde a década de 80 do século XX reavivou-se o interesse pela concessão outorgada ao setor privado, num contexto de reforma do Estado, de privatização, de liberalização da economia. É nesse novo cenário que se editaram, no Brasil, as Leis Federais 8.987/1995 – concessões, e 9.074/1995.

7. Não só no Brasil, mas em outros países, o modelo clássico de concessão de serviço público recebeu alterações nas últimas décadas. Aos novos modelos se pode atribuir o nome de *concessões contemporâneas*, também resultantes das transformações incidentes sobre os contratos administrativos em geral.



8. Um exemplo de mudança encontra-se na questão do **risco**, hoje, por vezes compartilhado pelo poder concedente. A respeito se expressa Jacqueline Morand-Deville, Professora da Universidade Paris 1- Panthéon-Sorbonne: " Porque os *riscos financeiros* são cada vez mais pesados, a autoridade concedente é freqüentemente levada a *garantir o concessionário contra as áleas econômicas*: garantias de receita, garantia de empréstimos, alocação de compensações financeiras, o que faz a concessão perder sua especificidade" (*Cours de Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, 2005, p. 507).

No caso da EMAE, o Governo do Estado de São Paulo, ao criá-la, assumiu, de modo explícito, a obrigação de garantir seu equilíbrio econômico-financeiro, compartilhando os riscos. E a ANEEL, por sua vez, anuiu à sua criação, aceitando este quadro.

9. Outro aspecto retrata mudança na figura clássica: **a diversidade de atuações do concessionário, no âmbito de uma só concessão**. Por palavras diferentes: em inúmeras concessões contemporâneas o objeto desdobra-se em amplo leque de atividades, estando ausente um caráter típico ou específico.

Na França, por exemplo " a nova lei de programa que fixa as orientações da política energética (n.2005-781, 13 de julho de 2005) enquadra o funcionamento ...do mercado de energia em numerosos objetivos e numerosas prescrições de políticas públicas, tendentes a favorecer uma utilização mais econômica dos recursos energéticos. Ela cria também, a cargo de todos os atores cujo comportamento influi sobre o nível de consumo, obrigações particulares, notadamente pela medidas em matéria de urbanismo...(cf. Gérard Marcou, Régulation, services publics et intégration européenne en France, *Droit de la régulation , service public et intégration régionale*, vol 2, Paris, Ed. L'Harmattan, 2006, p. 57-58).



Ainda na França, a doutrina aponta as concessões outorgadas ao setor privado para a gestão de mercados de frutas e legumes, abarcando diversidade de atuações, por exemplo: relações com os vendedores, fixação dos direitos ao boxes e estacionamento, controle da montagem e desmontagem das instalações, etc (cf. Jacqueline Morand-Deville, *op. supra cit.*, p. 510). René Chapus indica as concessões para operações de urbanismo e ordenação do solo, abrangendo, de forma igual, amplo rol de atuações diferenciadas. (*Droit Administratif Général*, tomo 1, 15ª ed., Paris, 2001, p. 641-642)

10. A artificialidade e, mesmo, a inviabilidade da distinção entre atividade típica e atípica mais se ressalta na concessão de produção de energia elétrica, na qual se mesclam água e energia. Como separar energia de instalações hidráulicas? Como separar produção de energia, gestão de instalações hidráulicas e controle de enchentes?

11. Daí a Constituição Federal abrigar o seguinte dispositivo, ao tratar da competência da União em matéria de energia elétrica:

Art. 21. Compete à União:

I -

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a).....

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;



Veja-se o vínculo entre energia elétrica e água, de base constitucional. Atente-se à reunião de ambas na palavra *hidroenergético*. Note-se a expressão *instalações de energia elétrica*.

12. Por sua vez, o Código de Águas – Decreto nº 24.643, de 10.07.1934, em vigor, também trata de água e de energia elétrica como elementos indissociáveis.

Este vínculo entre produção de energia, instalações hidráulicas e controle de enchentes emerge, com nitidez, na história da concessão outorgada à EMAE, que se confunde com a própria história da energia elétrica e das concessões de energia elétrica no Brasil. Basta consultar livros ou artigos dedicados ao tema, em especial sob o ângulo jurídico, para encontrar referências à *Light & Power*, à usina Henry Borden, à Eletropaulo.

IV – O quadro normativo e contratual da concessão outorgada à EMAE

13. Mostra-se relevante acompanhar o resumo do fio histórico da concessão da EMAE para facilitar o deslinde dos quesitos propostos.

IV. a – Decreto Federal nº 16.844, de 27.3.1925

14. Mediante este Decreto, o Presidente da República aprovou plano de obras que a *São Paulo Tramway, Light & Power*, concessionária, pretendia executar em vários Municípios do Estado de São Paulo, inclusive Santos, para aproveitamento hidráulico do Rio Tietê e seus afluentes.



IV. b – Lei Estadual nº 2.109, de 29.12.1925

15. O art. 1º autorizou a *Ligh & Power* a desapropriar terrenos necessários às obras de represamento de vários rios nos Municípios de São Paulo, São Bernardo, Conceição de Itanhaém, Mogi das Cruzes, Salesópolis e Santos, podendo ligar as respectivas represas entre si, por meio de barragens, canais e outros meios, e reter, assim, as sobras dos rios citados, de modo a evitar as inundações das margens do Rio Tietê, sem diminuir a vazão normal desses rios na época da estiagem, desviando as sobras de suas águas na Serra do Mar para o Oceano, nas proximidades de Cubatão, onde será utilizada a força hidráulica das mesmas para a produção de energia elétrica. (grifos nossos).

De seu lado, o art. 4º obrigou a *Companhia concessionária* a estabelecer vazão normal dos rios cuja água haja represado, além das sobras.

Verifica-se, então, que desde fim de 1925 existe vínculo (fixado por lei) entre a produção de energia elétrica, por parte da *Light*, e a obrigação de evitar enchentes das margens do Tietê. O atrelamento será reiterado em normas e contratos posteriores.

IV. c – Decreto Estadual nº 4.056, de 27.05.1926

16. Este Decreto aprovou as cláusulas do contrato a ser mantido com a *Light* para a realização das obras referidas na Lei Estadual 2.109/1925.

Na cláusula VII se determinou o dever de retenção das sobras de águas para evitar inundações das margens do rio Tietê, sem diminuir a vazão normal, desviando as sobras das suas águas, pela Serra do Mar, para o oceano, nas



proximidades de Cubatão, onde será utilizada a força hidráulica das mesmas para produção de energia elétrica. (grifos nossos)

A obrigação prevista na cláusula VII foi repetida na cláusula XX, no teor seguinte: "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. (grifos nossos)

Por sua vez, o controle de cheias demandava instalação e manutenção de aparelhos para a determinação das vazões, como reza a cláusula XIV (pluviometria e fluviometria).

Verifica-se, desse modo, que o dever de evitar enchentes também figurou nas cláusulas contratuais aprovadas pelo Decreto Estadual supra.

IV. d – Lei Estadual nº 2.249, de 27.12.1927

17. A Lei Estadual nº 2.249, de 27.12.1927, outorgou à *Light* o direito de canalizar, alargar, retificar e aprofundar os leitos dos rios Pinheiros e seus afluentes Grande e Guarapiranga, à jusante das respectivas barragens, nos Municípios de Santo Amaro (nesta época era Município) e da Capital, saneando e beneficiando os terrenos situados nas respectivas zonas inundáveis.

IV. e – Decreto Estadual nº 4.487, de 09.11.1928

18. Aprovou as cláusulas para o contrato a ser celebrado com a *Light*, em execução da Lei Estadual 2.249/1927. A cláusula XVI apresentava o teor seguinte: " A Companhia *evitará que as águas atinjam nos canais um nível em que possam transbordar*, elevando-as para o reservatório do Rio Grande, uma vez completa a retificação do rio Tietê, entre a foz do Pinheiros e Osasco.



IV. f – Código de Águas – Decreto Federal nº 24.643, de 10.07.1934

19. Em 10 de julho de 1934 o Governo Federal baixou o Código de Águas. Seis dias depois foi promulgada a Constituição de 1934, atribuindo à União a competência para legislar sobre águas, no art.5º, XIX, j.

No art. 143, o **Código de Águas** reza o seguinte:

Art. 143. Em todos os aproveitamentos de energia hidráulica serão satisfeitas exigências acauteladoras dos interesses gerais:

a)

e) **da proteção contra as inundações; (grifo nosso)**

Vê-se, então, que o **Código de Águas** reitera o vínculo entre **aproveitamento de energia hidráulica (produção de energia) e atividade de controle de inundações**. A partir daí tal vínculo recebe força de norma federal - o Código de Águas. E este impõe, em todos os aproveitamentos de água, sem distinguir quantidade, o controle de inundações.

IV.g – Decreto Estadual nº 8.372, de 23.06.1937

20. Este Decreto Estadual aprovou cláusulas complementares às que se baixaram com o Decreto nº 4.487/1928, para o contrato entre o Estado e a *Light*, em execução da Lei estadual nº 2.249/1927.

Nos termos da cláusula IV “ a Companhia construirá o canal do rio Pinheiros e seus afluentes Grande e Guarapiranga com a largura e a profundidade variáveis nos seus diferentes trechos, mas adequados:



c. a evitar as inundações anuais nas várzeas daqueles rios e atenuar as da várzea do rio Tietê;” (grifos nossos)
.....

A cláusula X, por sua vez, também se refere à *obrigação de evitar enchentes*, pela construção dos necessários equipamentos, no teor a seguir:

Cláusula X – A fim de evitar a invasão da várzea do Pinheiros pelas águas das enchentes do rio Tietê, construirá a Companhia, na foz daquele, nas proximidades da ponte da Estrada Sorocabana, os necessários dispositivos, e um sistema de comportas que permitam estabelecer no rio Pinheiros um nível de águas independentes do das águas do rio Tietê...

Tais cláusulas, sem dúvida, concretizam a imposição, ditada pelo Código de Águas no transcrito art. 143, e, de proteção contra enchentes em todos os aproveitamentos de energia hidráulica.

IV.h – Decreto Federal nº 22.008, de 29.10.1947

21. Por meio deste ato, o então Presidente da República autoriza a *Light* a ampliar suas instalações. No art. 1º, §2º, determinou que a barragem de Santana do Parnaíba seja provida de comportas capazes de assegurar a descarga de enchentes. No art.4º, IV, obrigou a *Light* “ a recalcar as águas de enchentes do Rio Tietê, através do canal do rio Pinheiros e das usinas elevatórias de Traição e Pedreira, dentro das capacidades máximas dessas usinas.”

Atente-se à reiteração, no texto federal , do *dever de evitar enchentes*.



IV.i – Decreto Federal nº 41.019, de 26.02.1957

22. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Dentre seus preceitos, salientam-se os seguintes:

Art. 44. A propriedade da empresa de energia elétrica em função do serviço de eletricidade compreende todos os bens e instalações que direta ou indiretamente concorrem, exclusiva e permanentemente para a produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétrica.

IV.j - Decreto Federal nº 85.839, de 24.03.1981

23. Autorizou a Eletropaulo a funcionar como concessionária de serviços públicos de energia elétrica, ficando obrigada a cumprir o disposto no Decreto nº 24.643, de 10.07.1934 _Código de Águas. No Código de Águas, reitere-se, figura o dever de evitar enchentes em quaisquer aproveitamentos de energia hidráulica.

IV.k - Decreto Federal nº 87.884, de 01.12.1982

24. Em virtude do Decreto Federal nº 87.884/1982, foi outorgada, à Eletropaulo, concessão para produção de energia elétrica por meio de usinas hidrelétricas antes operadas pela *Light*, no Estado de São Paulo. Nos termos do art. 4º foram transferidos à Eletropaulo os direitos e obrigações da *Light*, quanto à energia elétrica.



IV.l – Resolução conjunta SMA-SES nº03/92 de 04.10.1992

25. Sob o nome de Secretaria do Meio Ambiente e Secretaria de Energia e Saneamento, ambas do Estado de São Paulo, estes órgãos baixaram a Resolução supra, com base no art. 46 do ADCT da Constituição do Estado de São Paulo, determinando a suspensão, por prazo indeterminado, do bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings (art. 1º) ; o bombeamento poderá ser determinado, pelo tempo necessário, por decisão conjunta dos respectivos Secretários de Estado, em situações de emergência, dentre as quais: para evitar enchentes, para impedir falta no fornecimento de energia elétrica (art. 2º e alíneas a e b).

IV.m – Resolução SEE-SMA-SRHSO -1, de 13.03.1996

26. Autoriza os responsáveis pela operação do sistema hídrico da bacia do Alto Tietê e das bacias interligadas a proceder o bombeamento das águas do Rio Pinheiros para a Represa Billings também para evitar enchentes e evitar insuficiência de água na Usina Henry Borden no fornecimento de energia em situações emergenciais.

IV.n - Lei Estadual nº 9.361, de 05.07.1996

27. A Lei nº 9.361/1996, do Estado de São Paulo, criou o Programa de Desestatização do Setor Energético. E previu, no anexo I, a desverticalização da Eletropaulo, mediante seu desdobramento em uma companhia de geração de energia hidrotérmica – a EMAE, uma companhia de transmissão de energia elétrica e companhias de distribuição e comercialização de energia elétrica.



IV.o - Resolução ANEEL nº 30, de 30.12.1997

28. Anuiu ao processo de reestruturação da Eletropaulo (art. 1º), prevendo a transferência das concessões outorgadas a esta, para as empresas que seriam criadas, ainda que sob controle do Estado, nos termos a seguir:

Art. 1º Anuir ao processo de reestruturação societária da Eletricidade de São Paulo S.A.- ELETROPAULO, condicionados a que os procedimentos com vistas a cisão, alteração de capital e constituição de novas empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, assim como **todos os aspectos relativos ao equilíbrio econômico-financeiro das empresas do processo de reestruturação**, deverão ser submetidos à aprovação da ANEEL, para posterior alienação do controle societário à iniciativa privada. (grifo nosso)

.....

Art. 3º As atuais concessões de que é titular a Eletricidade de São Paulo S.A. – ELETROPAULO deverão ser transferidas, mediante requerimento, para as empresas que vierem a ser criadas, ainda que sob controle do Estado, conforme o disposto no art. 27 da Lei 8.987/95.

IV.p – Resolução ANEEL nº 72, de 25.03.1998

29. Homologa a alteração da razão social da Eletropaulo e a cisão parcial do seu patrimônio para a constituição de várias empresas, sendo a EMAE uma delas. No art. 5º transfere, à EMAE, os direitos de exploração dos serviços públicos de produção de energia elétrica, arrolando nove usinas, dentre as quais Edgar de Souza, Henry Borden, Rasgão. De seu lado, o art. 6º transfere à EMAE os direitos de exploração dos serviços públicos de produção de energia elétrica através da usina termelétrica Piratininga.



IV.g – Contrato de concessão nº02/2004 – ANEEL – EMAE

30. Em lugar da concessão anterior, transferida da antiga Eletropaulo, foi celebrado contrato de concessão para geração de energia elétrica destinada a serviço público, entre ANEEL e EMAE, com data de **11.11.2004** - contrato de concessão nº02/2004.

Dentre os textos norteadores do contrato, vem indicado, no seu intróito, o **Código de Águas**.

Alguns elementos das cláusulas contratuais merecem indicação.

Conforme a cláusula primeira, o contrato regula a exploração, pela EMAE, do potencial de energia hidráulica, por meio de **Usinas Hidrelétricas**, e de geração termelétrica, por meio da Central Geradora, todas arroladas em anexos. Às Usinas Hidrelétricas se atribui o nome de **Aproveitamentos Hidrelétricos**.

Em vários pontos do referido contrato, há menção à Usina Henry Borden como Aproveitamento Hidrelétrico (p.ex: cláusula segunda, quadro; subcláusula terceira da cláusula terceira; subcláusula sexta da cláusula terceira). Figura até, no anexo 4, a quantidade de MW médios assegurada pela Central Geradora Henry Borden (108, após 2002).

Dentre os encargos da EMAE se encontra, na cláusula sexta, inciso V, o *controle das vazões*.

PARTE A – A QUESTÃO DO CONTROLE DAS ENCHENTES

31. Delineado o quadro normativo da concessão de que é detentora a EMAE, deflui clara a dificuldade e, mesmo, a inviabilidade fática e legal de retirar, dessa concessão, as atividades de controle de enchentes, por várias razões.

VI – Vínculo indissociável entre geração de energia elétrica e controle de cheias

32. No Brasil, até mesmo por sua topografia, há várias décadas se mesclam várias atividades neste tipo de contrato, pois implica também atuações com água, usinas, represas, eclusas, comportas e vários outros equipamentos e instalações. Esta diversidade se projeta nos contratos de concessão de energia elétrica por meio de aproveitamento hidráulico.

33. O quadro normativo e contratual exposto revela o vínculo indissociável entre o aproveitamento hidráulico e o controle de enchentes na concessão de produção de energia elétrica hoje outorgada à EMAE, como uma das sucessoras da Eletropaulo, sendo esta, por sua vez, sucessora da *Light*. Desde 1925 os textos legais e contratuais vêm prevendo o dever de controlar enchentes nesta concessão de energia elétrica e respectiva operação de instalações, aí incluído, como se viu, o atual contrato de concessão firmado com a ANEEL – contrato 02/2004. Portanto, este modo de atuação vem ocorrendo há cerca de 80 (oitenta) anos, tornando-se consolidado, sendo inviável modificá-lo.

34. E a ANEEL referendou-o, ao homologar, por meio da Resolução nº72/1998, supra citada, a constituição da EMAE, sem ressalva alguma,



transferindo-lhe os direitos de exploração dos serviços públicos de energia elétrica, arrolando, dentre outras, a usina Henry Borden. O reforço à atuação da EMAE, nos moldes já existentes há cerca de 80 anos, foi dado pela ANEEL, nesta Resolução, editada **após a suspensão (temporária e genérica) do bombeamento das águas** do rio Pinheiros para a represa Billings e a redução da energia produzida pela usina Henry Borden. Assim, a redução da energia produzida pela usina Henry Borden não pode ser alegada como fundamento para caracterizar como “atípica” a atividade de controle de cheias, relacionada com os rios Pinheiros e Tietê, pois já ocorria quando foi homologada, pela própria ANEEL, a constituição da EMAE.

35. Independentemente de aspectos geográficos e topográficos da região, **o Código de Águas, art. 143, e, supra-citado, determina a proteção contra as inundações em todos os aproveitamentos hidráulicos.** E o Código de Águas é um dos diplomas legais norteadores do contrato de concessão ANEEL-EMAE.

Atente-se que a imposição fixada pelo **Código de Águas** diz respeito a **todo e qualquer aproveitamento hidráulico**, sem distinguir o *quantum*. Por isso se apresenta inconsistente, por parte da ANEEL, invocar a redução da produção da Usina Henry Borden, para qualificar de “atípicas” as atividades de controle de cheias realizadas pela EMAE, sobretudo quanto à operação desta Usina.

A proteção contra enchentes, exigida pelo Código de Águas, torna-se inviável sem a execução das atividades taxadas indevidamente como “atípicas” à concessão outorgada à EMAE.

Na verdade, o Decreto nº 41.019/1957 oferece apoio à inserção do controle de enchentes entre as atividades típicas da concessão da EMAE, pois no supra transcrito art.44 inclui, na propriedade da empresa de energia, **todos**



os bens e instalações que direta e indiretamente concorrem para a produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia. No caso da EMAE a atividade de controle de enchentes é vinculada à concessão do serviço público de geração de energia elétrica, como se viu. E consolidou-se, de modo indissociável, após cerca de 80 (oitenta anos) de atuação nestes moldes.

36. Além do mais, o contrato de concessão 02/2004, supra-resumido, oferece base para inserir, na atividade da EMAE, o controle de enchentes, por vários motivos.

36. a - O referido contrato atribui, às usinas hidrelétricas, o nome de *Aproveitamentos Hidrelétricos*. Assim sendo, impõe-se a exigência do Código de Águas no sentido do controle de enchentes em todo aproveitamento de energia hidráulico.

36.b – Em vários pontos do contrato há referência à Usina Henry Borden como Aproveitamento Hidrelétrico; no Anexo 4 figura a quantidade de MW médios assegurada por ela. O funcionamento desta Usina (e de outras) se atrela ao controle de enchentes, de forma inerente. Figurando, no contrato, a Usina Henry Borden e outras, a cujo funcionamento se vincula o controle de enchentes, não se pode considerar este como atividade atípica.

36.c – Dentre os encargos da EMAE se encontra, na cláusula sexta, inciso V, o controle das enchentes sob o nome de *controle das vazões*. Portanto, o controle de enchentes se insere, de forma inerente, na concessão outorgada à EMAE.



PARTE B – A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

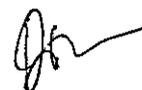
VII - O contexto do equilíbrio econômico-financeiro da EMAE

37. Para Marçal Justen Filho o equilíbrio econômico-financeiro significa a relação existente entre o conjunto dos encargos impostos e a remuneração correspondente; “ é possível figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a “ equilíbrio”; a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes.” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed., Dialética, 2005, p. 541).

38. Quanto à EMAE, **antes mesmo da sua criação** já havia perspectiva de dificuldades quanto à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. A transcrição de parte do **ofício, de 18.11.1997**, enviado pelo então Governador Mário Covas ao Ministro de Minas e Energia, demonstra bem o aceno dessas dificuldades:

“Como é do conhecimento de Vossa Excelência, a utilização da plena capacidade de geração da 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 de 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 dos demais beneficiários dos serviços prestados pela empresa

Considerando esse cenário e a necessidade premente da continuidade do Programa Estadual de Desestatização, vimos



dar ciência a Vossa 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 e encaminhamento deste pleito ao DNAEE.”** (grifos nossos).

39. Deste modo, o Governo do Estado de São Paulo assumiu o compromisso de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE também para o futuro, tendo em vista o verbo na frase por último transcrita – **adotará.**

40. Criada a EMAE em 1º.01.1998 teve sua constituição homologada pela ANEEL, pela Resolução nº 72, publicada em 25.03.1998, como indicado supra.

41. Nesta época, a fórmula encontrada para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da EMAE foi a seguinte: num primeiro momento, o Governo do Estado, por meio do Decreto 42.949, de 20.3.1998, abriu ao DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica, um crédito suplementar; num segundo passo, foi celebrado um contrato entre o DAEE e a EMAE, em 08.04.1998, objetivando o controle das cheias no sistema Tietê/Pinheiros, a manutenção de estruturas hidráulicas, o manejo de reservatórios e operação de postos de telemedição de pluviometria e fluviometria.

Dentre os *consideranda* às cláusulas contratuais salientam-se os seguintes:

“ **CONSIDERANDO** a obrigação assumida pela EMAE, como concessionária sucessora da Eletropaulo, de operar o controle de cheias, nos termos do art. 143 do Decreto Federal nº 24.643, de 10/07/34, combinado com o Decreto Estadual nº 8.372, de 23/06/37; **CONSIDERANDO** que a operação do controle de cheias constitui uma obrigação conexa ao serviço concedido, em contrapartida às prerrogativas conferidas à concessionária, para o pleno aproveitamento industrial das



águas; ...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 aos 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 unidades, ou outra forma de direito permitida, como consta da Ata da 75ª Reunião do mencionado Conselho Diretor e publicação no DOE de 12/03/98... ". (grifo nosso)

Referido contrato teve o valor estimado de 360 (trezentos e sessenta) milhões de reais, com o prazo de 57 (cinquenta e sete) meses, previsto o pagamento de 72 milhões de reais por ano, sendo repassados 6 (seis) milhões de reais por mês. Em 30 de março de 1999 celebrou-se *termo aditivo* de re-
ratificação do referido contrato, para reduzir o seu valor a 120 (cento e vinte) milhões de reais. Tendo em vista que o DAEE deixou de efetuar alguns pagamentos, firmou-se, em 09.11.2004, *instrumento de reconhecimento e consolidação de obrigações*, entre este e a EMAE, com interveniência do Governo do Estado, para que os pagamentos restantes se efetuassem em 120 (cento e vinte) parcelas mensais

O contrato com o DAEE se encerrou em 07 de janeiro de 2003.

VIII – RESPONSABILIDADES QUANTO AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

42. Sociedades de economia mista caracterizam-se por unir bens e/ou recursos da Administração Pública a outros, oriundos de particulares e de entidades que se associam para exercer atividade de interesse do Poder Público. Isto significa que a perseguição do interesse público deve atender aos



princípios de viabilidade econômica e financeira, como qualquer organização particular sem o que, nem haverá atração de recursos de particulares nem se viabilizará, sem ônus para a eficiência e funcionamento, a atividade a ser realizada.

43. No caso da EMAE, as ações representativas da maioria do capital social e votante são tituladas pelo Governo do Estado de São Paulo, que, dessa forma, e nos termos do art. 116 da Lei n. 6.404/76, pode eleger a maioria dos administradores e determinar a condução das atividades.

44. Mostra-se oportuno observar que referida Lei - Lei das S.A. , norteadora das sociedades de economia mista no que for compatível, tratou de caracterizar o uso do poder de controle, que é configurado como poder-função ou poder funcional. Assim, se alguém tem ações que lhe permitam interferir sobre o destino da sociedade, tem, igualmente, deveres para com os demais acionistas, os trabalhadores, os credores da sociedade. O voto deve ser o instrumento para que a companhia realize o objeto social, cumpra sua função social, respondendo o controlador, demais disso, perante a comunidade em que atua e cujos interesses deve respeitar com lealdade.

Os administradores – membros dos conselhos de administração e fiscal, assim como diretores de companhias – devem, no exercício de suas funções, acatar os preceitos legais no exercício de suas funções, o que significa agir com diligência e lealdade na condução dos negócios sociais.

Postas essas considerações preliminares passa-se à menção dos aspectos básicos do funcionamento da EMAE e das medidas administrativas adotadas para, ao final, imputar responsabilidades.

45. A EMAE tem vários estabelecimentos - usinas – espalhadas pelo Estado de São Paulo, alguns deles termoeletricitricas e outros hidroelétricos.



A carteira ou matriz energética da EMAE resultante da combinação de usinas que operam a partir de diferentes fontes de insumos, termoelétricas e hidroelétricas, reduz os riscos associados, de um lado, ao preço do combustível no caso das térmicas e , de outro, ao regime de águas no caso das hídricas.

O número de unidades geradoras de energia e a potência instalada têm sido, ao longo do tempo, equacionados visando-se à maior eficiência. Assim é que na Usina Termoelétrica Piratininga, houve aumento do número de queimadores. Providências foram adotadas seja na prestação de serviços de O&M na Usina Termoelétrica Fernando Gasparian, quanto na operação e manutenção das Usinas Hidroelétricas Henry Borden, Porto Góes e Rasgão, refletindo o empenho dos administradores em otimizar as operações.

Outras medidas, como a implantação do sistema de flotação, prestação de serviços a terceiros, serviços ancilares, manutenção do sistema hidroenergético de controle de cheias, além de projetos sócio-ambientais, vêm sendo implementadas, seguindo as práticas de boa governança e responsabilidade social da empresa.

Mas a ação administrativa não tem resultado, nos últimos anos, em aumento da oferta de energia que, conforme se vê de gráfico apresentado, caiu de 2001 em diante.

Do conjunto de usinas operado pela EMAE, é preciso salientar a Hidroelétrica Henry Borden, localizada no alto da Serra do Mar, projetada originariamente pela Light and Power. Esta usina, já se disse, por força de restrições existentes na Constituição Estadual, de 1989, não pode receber águas do Rio Pinheiros, o que resulta em dificuldade para o aumento da sua capacidade de geração de energia hidroelétrica e na redução das receitas daí provenientes.



Fato é que mesmo a carteira diversificada de geradoras de energia e a prestação de serviços para terceiros têm se revelado insuficiente para cobrir as despesas incorridas.

46. Os problemas relativos ao equilíbrio econômico-financeiro, como se viu, não são novos, e eram bem conhecidos desde que se optou pela cisão da Eletropaulo e criação da EMAE para receber parcela daquele patrimônio, tanto é que, em ofício enviado ao Ministério das Minas e Energia, ainda antes da formalização dessas operações, declarou-se que o governo do Estado de São Paulo, isto é, o erário estadual, assumia a responsabilidade pelo equilíbrio econômico financeiro da EMAE.

Portanto, já se evidenciava que a EMAE não teria viabilidade econômico-financeira, caso contrário a declaração do governo do Estado far-se-ia desnecessária.

Claro está que desde sua criação a EMAE apresentava problemas que afetariam a continuidade e estabilidade das operações e, por isso, emitiu-se a declaração de que haveria suprimento de recursos pelo Estado, com o que a solvência e solvabilidade da empresa estariam preservadas.

47. Medidas administrativas adotadas desde a criação da EMAE e que, supõe-se, auxiliariam no equacionamento da crise originária, não têm sido suficientes. Não há como imputar, aos administradores, ações pouco diligentes, imprevisão. Diligência e lealdade estão presentes nos relatórios do Conselho Fiscal, colegiado instalado e funcionando na EMAE o qual alerta, há alguns anos, os membros do Conselho de Administração e da Diretoria sobre os problemas de equilíbrio econômico-financeiro. Apesar disso, os prejuízos vêm aumentando, conforme relatado supra.



48. No tocante à aprovação, pelo MME e ANEEL, da proposta do governo estadual de cindir a Eletropaulo e transferir para uma sociedade a ser criada - EMAE, parcela do patrimônio da Eletropaulo e parte de suas atividades, houve erro de avaliação. A implementação da operação, aprovada pelos órgãos responsáveis pela política energética na esfera federal, que deveriam ter exigido a fórmula da empresa pública, se fez mediante a criação de sociedade de economia mista, com a atração de recursos de particulares e de outras entidades, que se somaram aos transferidos pelo poder público, embora estudos de viabilidade econômico-financeira e, talvez até operacionais, não sugerissem tal medida.

49. Não se questiona que sociedades de economia mista venham a perseguir interesses públicos. O que não se aceita é que, ao atraírem recursos de particulares e de outras entidades, sejam estes considerados investimentos a fundo perdido, e que a falta de remuneração desses investimentos se torne regra e não exceção.

A opção por criar a EMAE como sociedade de economia, em que o Estado de São Paulo reservou para si a maioria das ações representativas do capital social, mas em que há, também, recursos de particulares e de outras entidades (é irrelevante o montante e a dispersão acionária), leva a que o empreendimento deva ser administrado também no interesse de todos os acionistas. Portanto, a companhia há de ser solvente e solvável, devem ser alcançados lucros para distribuir dividendos, pagar juros sobre o capital próprio, mesmo que a atividade vise a interesse público. Se assim não fosse, evidente que as sociedades de economia mista não atrairiam recursos de particulares ou de entidades alheias ao instituidor.

50. A doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, de longa data debruçada sobre esse problema, entende caber ao criador da sociedade de economia mista, agente do Poder Público, no exercício do controle e



administração da empresa, também buscar o equilíbrio econômico-financeiro, de forma a remunerar os investimentos ou, na pior das alternativas, se não fizer lucros, que os prejuízos, quando ocorrerem, sejam compensados em exercícios futuros de modo a se retornar a uma posição de equilíbrio.

Por isso que, na criação e operação de sociedades de economia mista, adotam-se os princípios econômicos que regem as sociedades empresárias, vale dizer, a busca de resultados positivos, seja para distribuição seja para reinvestimento na atividade, que se prevê continuada, permanente, auto-sustentada ou sustentável. Sem isso não haverá como atrair investidores para o desenvolvimento de algumas atividades de longo prazo de maturação.

51. Ora, a EMAE nasceu com dificuldades no equilíbrio econômico-financeiro, produzindo uma relação receitas/despesas deficitária. Sabia-se, desde 1997, que a capacidade de geração de energia hidroelétrica da EMAE era problemática, vez que a Constituição estadual impede o aproveitamento das águas do Rio Pinheiros sem prévio tratamento dos efluentes, desde outubro de 1992.

Ainda que os administradores, ao longo dos 10 anos de existência e funcionamento da EMAE tenham tomado medidas visando a reduzir o déficit, conforme se vê dos relatórios e gráficos apresentados, é certo que os esforços foram em vão. As despesas operacionais superam as receitas. De seu lado, os membros do Conselho Fiscal da EMAE, desde 2002, ao final do contrato com o DAEE, retomaram a discussão sobre a viabilidade econômica da companhia, pois mesmo após redução do quadro de pessoal e das despesas administrativas, o problema emergia de forma preocupante. A busca de soluções pelos órgãos da administração não produziu os efeitos necessários.



52. Deflui claro que o governo do Estado assumiu a responsabilidade pelo equilíbrio econômico-financeiro das operações que foram atribuídas à EMAE, com a cisão da Eletropaulo, o que se evidencia no ofício enviado ao MME, onde não fixou teto nem prazo para a garantia de manter o equilíbrio econômico-financeiro da nova sociedade. Por conseguinte, a permanência desta obrigação é indubitável, cabendo-lhe dar continuidade ao aporte de recursos previsto na época da criação da EMAE.

Outro aspecto diz respeito à aprovação do MME e da ANEEL. Embora se possa aventar que a anuência primeira se devesse à garantia prestada pelo governo do Estado, a ANEEL manteve a concessão, mediante contrato de 2004, mesmo a par dos problemas existentes.

É preciso reiterar que o Estado de São Paulo, controlador da EMAE, nos termos do art. 116 da Lei n. 6.404/1976, não deveria ter organizado uma sociedade de economia mista, atraindo recursos de particulares e de outras entidades, se estudo de viabilidade econômica do empreendimento demonstrava possível desequilíbrio do resultado operacional puro. Nada obstante o governo saber das dificuldades quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, comprometeu-se a mantê-lo, tendo a obrigação de carrear os recursos para tanto.

Portanto, um primeiro responsável pela situação crítica da companhia é o Estado de São Paulo. O MME e ANEEL apresentam-se como responsáveis solidários por efeitos danosos oriundos do desequilíbrio, pois aceitaram um contrato (com o DAEE) de tempo determinado sem requerer outras garantias. Quanto à ANEEL, renovou a concessão da EMAE, embora considerasse, incorrendo em novo engano, que certas despesas (controle de cheias), devessem ser lançadas em outro centro de custos. Assim, o MME e a União são igualmente responsáveis solidários, ante a aprovação da cisão da



Eletropaulo e a transferência da parcela cindida a outra sociedade, a EMAE, criada para recebê-la, embora cientes dos problemas de equilíbrio econômico-financeiro. Se as receitas resultantes das operações primárias da EMAE são insuficientes para cobrir as despesas, e isto era conhecido desde a criação da sociedade, fato que, para a organização de qualquer empreendimento privado seria suficiente para abandonar o projeto ou alterar as bases de implementação, as autorizações do governo federal são irregulares, daí emergir a responsabilidade objetiva solidária por resultados danosos.

Relatórios gerenciais do Conselho Fiscal, em que se verifica a redução do número de empregados (redução de custos), em que se informa sobre investimentos feitos em algumas usinas para aumentar a eficiência da operação básica (geração de energia), assim como a diminuição da potência na geração de energia notadamente da Usina Henry Borden, que não são compensados com o aumento de outras unidades, reforça o fato de que as dificuldades originais, conhecidas e reconhecidas, não foram superadas. Também se pode afirmar que por essas dificuldades a administração da EMAE não deve ser responsabilizada pois adotou as medidas cabíveis para tentar contorná-las.

Certo é que o desequilíbrio entre receitas e despesas é genético e não diz respeito, materialmente, com despesas operacionais que, já se demonstrou, fazem parte das atividades primárias da EMAE e, no que diz respeito à responsabilidade social da companhia, têm amplo suporte normativo. Por isso devem responder pelo equilíbrio econômico-financeiro, de modo solidário, o Estado de São Paulo, com a obrigação de carrear recursos à EMAE, a União e a ANEEL.

Assim examinada a situação e ante todo o exposto passamos a responder sinteticamente aos quesitos formulados.



XII – RESPOSTA AOS QUESITOS

1º) Há respaldo legal para considerar as atividades de controle de enchentes dos rios Tietê/Pinheiros, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo de postos de telecomunicações de pluviometria e fluviometria como atividades típicas e inerentes à concessão de energia, de que é detentora a EMAE?

Sim. Como ficou demonstrado à exaustão, as atuações de controle de enchentes, manutenção e operação de estruturas hidráulicas, manejo de postos de comunicação de telecomunicações de pluviometria e fluviometria configuram atividades típicas e inerentes à concessão de energia de que é detentora a EMAE, afirmação esta respaldada em textos normativos e cláusulas contratuais. Sendo realizadas há cerca de 80 (oitenta) anos nestes moldes, encontram-se consolidadas na referida concessão.

2º) O Estado de São Paulo tem obrigação de dar continuidade ao aporte de recursos previsto na criação da EMAE, dado que, em ofício ao Ministro de Minas e Energia, foi afirmado que o Governo do Estado garantiria o equilíbrio-econômico financeiro da nova empresa?

Sim. O Estado de São Paulo, por seu Poder Executivo, tem obrigação de dar continuidade ao aporte de recursos previsto na criação da EMAE, sobretudo ante o compromisso que assumiu em prol da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da entidade e perante os acionistas, como demonstrado neste parecer.

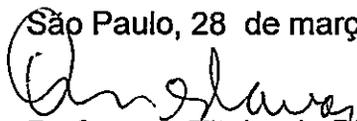


3º) Há parcela de responsabilidade da União e da ANEEL, na situação?

Sim. A União, por meio do Ministério de Minas e Energia, e a ANEEL aprovaram a criação da EMAE, embora cientes das dificuldades quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, visualizadas antes mesmo de se formalizar seu advento. E a ANEEL renovou a concessão, em 2004, apesar de conhecer o quadro deficitário. Daí serem responsáveis solidárias por efeitos danosos do desequilíbrio.

É o parecer.

São Paulo, 28 de março de 2008



Professora Titular de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professora Visitante da Universidade Paris 1-
Panthéon-Sorbonne