

ULHÔA CANTO

Litígios EMAE x SABESP

Desde 1928

A SABESP (criada em 1973), diretamente ou por meio de suas antecessoras, retira água dos Reservatórios Guarapiranga e Billings, sem realizar qualquer compensação financeira à EMAE (ou às suas antecessoras)

Desde 1998

EMAE tem tentado equacionar a situação amigavelmente, mostrando-se aberta à negociação de propostas de acordo com a SABESP, sem sucesso.

Principais fundamentos para o dever de reparação da SABESP

REPRESA GUARAPIRANGA

- Termo de Acordo, celebrado em 22.08.1958, entre a São Paulo S.A. – Serviços de Eletricidade, antiga denominação da Light (antecessora indireta da EMAE), o Governo do Estado de São Paulo e o então Departamento de Águas e Esgotos (“DAE”), antecessor da SABESP.

REPRESA BILLINGS

- Contrato de Concessão, celebrado entre a EMAE e a ANEEL, que outorgou à EMAE a concessão da Usina Hidrelétrica Henry Borden.
- Decorrência lógica de que a referida concessão, detida pela EMAE, implica seu direito de exploração do reservatório Billings.
- Ofício P-1.180/96, enviado pela SABESP à ELETROPAULO, antecessora da EMAE, reconhecendo a necessidade de celebração de acordo para “evitar eventuais prejuízos na geração de energia elétrica no complexo Henry Borden” decorrentes da captação de águas da represa.

Em 26.11.2010, instaurado o **Procedimento Administrativo CVM SP-2010- 276**, para apuração de reclamação de acionista protocolizada perante a CVM, noticiando eventual **abuso do poder de controle do Estado de São Paulo** em prejuízo da EMAE e benefício da SABESP.

Em 2012, apuradas **eventuais infrações do Estado de São Paulo e dos administradores da EMAE** à Lei 6.404/76 e às Portarias da CVM, o procedimento foi convertido no **Procedimento Administrativo Sancionador CVM RJ-2012-1113**.

As **principais acusações contra os administradores da EMAE** foram: **(i)** omissão no dever de proteger os direitos da EMAE em relação às captações de água feitas pela SABESP, em benefício do acionista controlador; **(ii)** omissão de informações nos formulários de referência da EMAE; e **(iii)** omissões nos demonstrativos contábeis da EMAE.

Em 26.05.2015, o **Procedimento Administrativo Sancionador foi julgado, condenando-se o Estado de São Paulo**, nos termos abaixo:

EMENTA:

Vistos, relatados e discutidos os autos, o Colegiado da CVM, com base na prova dos autos e na legislação aplicável, por unanimidade de votos e com fundamento no art. 11 da Lei nº 6.385/76, decidiu aplicar ao Estado de São Paulo a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), pela infração ao art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76.

VOTO: (...)

97. Assim, parece-me clara a omissão do Estado de São Paulo com relação ao dever previsto no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976, o qual a Acusação chamou de dever de lealdade. Na qualidade de acionista controlador da EMAE, o Estado furtou-se do dever de atentar para os sinais de alerta colocados à sua disposição, de orientar os negócios e a atuação da administração, permitindo a perpetuação de impasses que culminaram em prejuízos tanto para a Companhia quanto para aqueles cujos interesses deveriam ter sido observados, dentre os quais os minoritários. O impasse ignorado pela administração pública é um obstáculo relevante para que a EMAE persiga o seu objeto social e impõe riscos à própria continuidade de suas atividades.

Os administradores da EMAE celebraram Termo de Compromisso com a CVM e foram excluídos do processo.

Cláusula Arbitral Vazia no Termo de Acordo

Risco: sucumbência em eventual ação judicial ante a necessidade de renúncia expressa à arbitragem por ambas as partes

“Quaisquer divergências suscitadas sobre a inteligência ou execução deste Termo, que não puderem ser dirimidas pelas partes, serão resolvidas por dois árbitros escolhidos, um pelo Senhor Secretário da Viação e Obras Públicas e outro pela ‘Concessionária’. Se os dois árbitros divergirem em seus laudos, as partes contratantes nomearão, de comum acordo, um terceiro-desempataador, cujo parecer será aceito por ambas as partes”.

Ação de Instituição de Compromisso Arbitral nº 0064069-18.2012.8.26.0100

- **Objeto:** celebração de compromisso arbitral com a SABESP, com a fixação de seus respectivos termos, ante a inadimplência do Termo de Acordo e a recusa da SABESP em celebrar o compromisso arbitral para dar início à arbitragem
- **Fundamentos da SABESP:** ausência de sucessão; indisponibilidade dos direitos tratados no Termo de Acordo; ineficácia do Termo de Acordo por caducidade; dentre outros.
- **Decisão de primeira instância** julgando **PROCEDENTE** o pedido e determinando o início imediato da arbitragem, a ser julgada por árbitro único (Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro) perante o Centro de Arbitragem da AMCHAM
- Aguarda-se julgamento de **recurso de apelação** interposto pela SABESP, não dotado de efeito suspensivo
- **Probabilidade de êxito da EMAE:** Possível (65%)

Fundamento EMAE – Cláusulas III e IV do Termo de Acordo

“CLÁUSULA III

Os volumes de água superiores a quatro (4) metros cúbicos por segundo, retirados nos termos da cláusula anterior, serão compensados, pelo “Departamento”, por uma das seguintes modalidades, em ordem de preferência:

a-) compensação por volume de água, a ser lançado no sistema hidráulico da “Concessionária”, graças ao aproveitamento, pelo “Departamento”, de águas derivadas de outras bacias hidrográficas, respeitados os critérios de compensação fixados na cláusula IV;

b-) se não houver água suficiente para compensar as perdas verificadas nos volumes de água retirados, o “Governo” obriga-se a fornecer à “Concessionária” energia elétrica produzida em suas usinas, em quantidade equivalente à energia efetivamente perdida em consequência do aumento de adução de 4 (quatro) para 9,5 (nove e meio) metros cúbicos por segundo;

c-) no caso de não ser possível o fornecimento de energia nos termos da alínea anterior, o “Departamento” indenizará a “Concessionária”, pagando-lhe, em moeda corrente, o preço da energia não produzida em decorrência da retirada de volumes de água derivados da Represa do Guarapiranga.”

“CLÁUSULA IV

Em virtude da retirada de água, objeto do presente Termo de Acordo, o “Departamento” indenizará anualmente a “Concessionária” (...)

Argumentos SABESP

- Razões para invalidar a arbitragem, já mencionadas na Ação de Instituição de Compromisso Arbitral
- As perdas energéticas alegadas pela EMAE estariam equivocadas, pois haveria compensação das perdas pelos usos não consuntivos da água e pelas águas lançadas no canal inferior do Rio Pinheiros por meio da reversão para a Bacia do Alto Tietê das águas da bacia vizinha do Capivari-Monos
- A SABESP contribuiria para a manutenção do Reservatório Guarapiranga
- A EMAE estaria violando a boa-fé objetiva ao invocar suposto direito a compensação financeira após longo período de relação entre as partes sem que nada tenha sido pleiteado
- O pleito de condenação da SABESP a arcar com a manutenção do Reservatório Guarapiranga não estaria previsto no Termo de Acordo e sequer na legislação em vigor, sendo obrigação da EMAE estabelecida em seu contrato de concessão
- Eventual valor indenizatório a ser pago à EMAE deveria se basear na "tarifa de energia de otimização - TEO", fixada pela ANEEL, e não nos mecanismos previstos no Termo de Acordo
- Prazo prescricional de 3 anos

Status

- **Sentença Arbitral Parcial: REJEIÇÃO** de parte das preliminares suscitadas pela SABESP, restando pendentes as questões de sucessão e da prescrição
- Perícia em curso, iniciada em meados de novembro/2015
- Processo suspenso para acordo até 07.05.2016

Chances de êxito

POSSÍVEIS, tendo em vista:

- Possibilidade de reconhecimento de invalidade e ineficácia da cláusula compromissória, pelo juízo arbitral, ante a ausência de sucessão das partes
- Possibilidade de provimento do recurso de apelação da SABESP na Ação de Instituição de Compromisso Arbitral, o que tornaria nula a arbitragem
- Caso a arbitragem seja anulada, não seria aplicável o prazo prescricional com fundamento no inadimplemento contratual (20 anos), mas na reparação de danos (3 anos)
- Mesmo que se reconheça a validade e a eficácia da cláusula compromissória, o árbitro pode não se entender competente para julgar o pleito de rateio de O&M
- Necessidade de dilação probatória, com perícia já deferida e em fase inicial
- Ação peculiar, sem precedentes nos Tribunais Superiores

Fundamentos EMAE

- Direito da EMAE ao uso exclusivo dos recursos hídricos do Reservatório Billings, que abastece a UHE Henry Borden, pelo período total de vigência de sua concessão de geração de energia elétrica
- Responsabilidade civil da SABESP pelas perdas na capacidade de geração de energia elétrica da Usina, pois a SABESP jamais celebrou os convênios ou acordos necessários para regular a relação entre as partes, nem ressarcir financeiramente os danos sofridos pela EMAE

Argumentos SABESP

Preliminares:

- Incompetência absoluta do juízo cível
- Ilegitimidade passiva, em razão de o pleito da EMAE dever se dirigir contra a União
- falta de interesse de agir, pois a água seria bem público
- “Chamamento à lide” do Estado de São Paulo, do DAEE e da SEMASA, que seriam coobrigados em eventual responsabilização

Mérito:

- Inexistência dos pressupostos para responsabilização civil, pois:
 - Ausência de ato ilícito: outorgas concedidas legal e gratuitamente
 - Ausência de culpa: a EMAE já teria conhecimento da redução da capacidade de geração de energia elétrica quando da celebração do Contrato de Concessão e de seu Termo Aditivo nº 02
 - Ausência de nexo de causalidade: a redução da capacidade de geração de energia seria afetada também pelas restrições ao bombeamento dos Rios Tietê e Pinheiros
 - Ausência de danos: O&M seriam obrigações da EMAE nos termos do Contrato de Concessão
- Prazo prescricional de 3 anos (incontroverso)

Status

- Indeferimento do pedido de antecipação de tutela (rateio proporcional de O&M): necessidade de dilação probatória e danos exclusivamente financeiros
- Fase de especificação de provas: perícia pleiteada por ambas as partes, aguardando apreciação
- Pedido de suspensão do processo por 90 dias apresentado em 11.02.2016, aguardando apreciação

Chances de êxito

POSSÍVEIS, tendo em vista:

- Despacho saneador ainda pendente: possibilidade de acolhimento das questões preliminares
- Necessidade de dilação probatória, com perícia já deferida e em fase inicial
- Ação peculiar, sem precedentes nos Tribunais Superiores

Preço médio da Tarifa de Energia de Otimização – TEO

- Aplicável exclusivamente no âmbito do Mecanismo de Realocação de Energia (“MRE”)
- Natureza jurídica incompatível (compensação dos agentes geradores atuantes no MRE)
- Valor fora do razoável (fixado pela ANEEL em R\$ 12,32/MWh para o ano de 2016)

Preço médio do mercado de curto prazo (PLD)

- Incompatível com a realidade antes da alteração do Contrato de Concessão, para adesão ao regime de cotas - inviabilidade de a usina operar exclusivamente no mercado de curto prazo
- Baixa chance de êxito

Preço médio dos contratos de compra e venda de energia celebrados pela EMAE

- Pertinência com o efetivamente praticado pela EMAE até 04.12.2012 (geração contínua da usina, com celebração de contratos de compra e venda de energia de longo prazo)
- Única opção viável, após alteração do Contrato de Concessão (adesão ao regime de cotas)

Legislação Aplicável

Artigo 3º, inciso XIII, da Lei nº 9.427/96

*“Compete à ANEEL (...) **efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos** a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras **sociedades controladas ou coligadas de controlador comum**, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato.”*

Artigo 18 da Resolução Normativa ANEEL nº 699/2016

*“Os Agentes do Setor Elétrico **devem encaminhar à ANEEL**, nos casos em que seja necessária a anuência prévia, os atos e negócios jurídicos com Partes Relacionadas **antes de sua celebração**.*

*Parágrafo único. Não viola o disposto no caput os contratos previamente celebrados com **expressa condição suspensiva**, que subordine a validade e a eficácia do negócio jurídico à aprovação da ANEEL, desde que as partes contratantes não iniciem, por qualquer ato, a execução do contrato.”*

Conclusões

EMAÉ é agente econômico regulado pela ANEEL

EMAÉ e SABESP são consideradas partes relacionadas (controlador comum)

As condições relativas à EMAÉ, à SABESP e ao Acordo não se enquadram nas hipóteses legais de dispensa da anuência

O Acordo deve, em tese, ser submetido à anuência da ANEEL