

REUNIÃO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

OUTUBRO 2016



O Arrendamento

- A EMAE e a Petrobras tem, entre si, um contrato de arrendamento da Usina Termoelétrica Piratininga (UTE Piratininga)
- O contrato foi assinado em abr/07, com prazo de 17 anos a encerrar em abr/2024
- Duas parcelas semestrais por ano no valor atual de R\$ 41 MM por semestre ou R\$ 82 MM por ano
- Contrato de prestação de serviços de operação de R\$ 5,2 MM por ano
- Valor do contrato pelo prazo remanescente 8 anos: R\$ 656 MM

Condição de operação atual

- A UTE Piratininga opera em ciclo fechado com a Usina Termoelétrica Fernando Gasparian (UTE FEG), atualmente o complexo trabalha em regime *merchant* (sem contrato de venda de energia, auferindo receita apenas quando despachada)
- Apenas as turbinas 3 e 4 da UTP estão disponíveis para geração. As turbinas 1 e 2 encontram-se sucateadas.
- A Petrobras deve entregar os ativos arrendados no estado em que receberam em caso de resolução do arrendamento;

Cláusulas de resolução (Cláusula Décima)

- o inadimplemento contratual não sanado no prazo de 5 (cinco) dias úteis;
- a desapropriação de um ou mais imóveis que integram a Área arrendada, desde que impeça a exploração da usina;
- a perda ou transferência da posse da usina pela EMAE a terceiros
- Não emissão de ato autorizativo pela ANEEL

A concessão venceu em jul/2015 e encontra-se válida em caráter precário. A condição de resolução se verifica somente caso o MME extinga o Ato autorizativo

Negociação e proposta

- A Petrobras tem intenção de encerrar este contrato de forma amigável dado seu alto custo fixo e aludida dificuldade de manutenção da UTE Piratininga
- Após longa negociação chegou-se a seguinte proposta:
 - **Retorno da operação da UTE Piratininga a EMAE;**
 - **Indenização pelo final do arrendamento de R\$ 180 MM, em seis parcelas semestrais de R\$ 30 MM corrigidas pelo IGPM;**
 - **Aluguel do terreno da UTE FEG por 14 anos ao preço de R\$ 1,5 MM por semestre, corrigidas pelo IPCA;**
 - **Três anos de fornecimento de vapor, por 60% da receita auferida, com teto de R\$ 104 MM por ano**

Avaliação jurídica

O Arrendamento é um contrato robusto

Qualidade e exigibilidade do Arrendamento

- O contrato é de direito privado, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, atípico e impessoal com impossibilidade de rescisão unilateral;
- Casos de resolução unilateral suscitam pagamento de multa de 10% do valor do contrato corrigido - R\$ 142,5 MM a valores atuais

Formas legítimas de encerramento

- O inadimplemento contratual não sanado no prazo de 5 (cinco) dias úteis;
- A desapropriação de um ou mais imóveis que integram a Área arrendada, que impeça a exploração da usina
- A perda ou transferência da posse da usina pela EMAE a terceiros
- Não emissão de ato autorizativo pela ANEEL - necessário pronunciamento final e definitivo do MME sobre a prorrogação ou encerramento da concessão
- A tentativa de extinção *antes de* uma decisão final do MME demandará ação judicial. Sem decisão em favor da BSE a avença permanecerá em vigor

Encerramento

- o encerramento somente será eficaz com a devolução dos bens pela Petrobras à EMAE, no mesmo estado de uso e conservação em que os recebeu, do contrário, o Contrato não terá sido encerrado e os pagamentos serão devidos.
- A devolução ou a desocupação da usina pela BSE sem que tenham se verificado presentes as causas de extinção do Contrato de Arrendamento caracterizará o inadimplemento da BSE;

Indenizações

- Demonstrados o dano, a culpa e o nexo de causalidade, a EMAE, independentemente da causa ou fundamento da extinção do Contrato de Arrendamento e de retomada da Usina, terá direito à indenização em valor suficiente ao restabelecimento das condições da Usina no momento da celebração da avença, observadas as depreciações naturais inerentes ao uso. Passivos ambientais existentes também deverão entrar nessa conta. Estimativa R\$ 124,6 MM
- É possível sustentar que a EMAE faz jus ao recebimento da multa compensatória de R\$ 142,5 MM em quaisquer das hipóteses de inadimplemento.

Avaliação jurídica

Bons argumentos em caso de judicialização

Fato do príncipe

- a previsibilidade do término da concessão, antes do vencimento do prazo do arrendamento, retira da BSE, em tese, a possibilidade de postular a resolução contratual com base na teoria da imprevisão ou do fato do príncipe

Hipóteses de responsabilidade da Petrobras por não renovação da concessão

- Caso o MME indefira a prorrogação da concessão, em razão do estado de conservação e da degradação das instalações da Usina
- Caso a BSE desocupe a Usina antes da decisão do MME, abandonando o cumprimento da obrigação de meio à qual se vinculou e cessando quaisquer esforços para obtenção de uma decisão positiva

Rejeição do ativo ou alegação de inviabilidade

- A Petrobras não poderá apresentar o argumento de que não quis mais o arrendamento ou que este se tornou inviável em razão da falta de condições operacionais da Usina, ou que o arrendamento foi extinto por recusa do Poder Concedente em prorrogar a concessão, caso tal recusa tenha sido motivada pela falta de condições operacionais da Usina, **pois a responsável por tal situação teria sido a própria BSE**. Essa situação poderá ser qualificada como ato ilícito violador da boa-fé objetiva e ensejar a reparação civil da EMAE.

Impossibilidade de manter a Petrobras contratada contra sua vontade

- A EMAE não poderá exigir da BSE o cumprimento integral do Contrato de Arrendamento in natura, obstando a resolução contratual e a devolução da Usina.
- Artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal - “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.
- “É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade.”(STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 988736 / SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 03.11.2008)

Avaliação Jurídica

Possibilidades de resolução

Tese	Consequência jurídica	Expressão econômica	Medida Cabível	Chance de êxito*
Arrendamento em vigor até decisão do MME ou devolução da Usina	Execução do preço do arrendamento (caso inadimplido)	R\$ 40 milhões por semestre	Ação de Execução ou Ação de Cobrança	75%
Devolução antecipada da Usina e/ou Inadimplemento da obrigação da BSE de obter novo ato autorizativo e/ou Resolução do Contrato por culpa da BSE	Direito à multa compensatória em caso de devolução antecipada da Usina	Multa de 10% do valor global atualizado do Contrato (R\$ 142 milhões)	Ação de Indenização	> 50%
Degradação da Usina (não devolução dos Bens arrendados no mesmo estado de uso e conservação em que se encontravam)	Direito à indenização para ressarcimentos dos custos necessários à recuperação das condições da Usina	Valor máximo será o próprio valor da Usina	Produção Antecipada de Provas e Ação de Indenização	> 75% (Produção Antecipada de Provas) > 50% (Ação de Indenização)

Avaliação Jurídica

Acordo x Judicialização

Elemento	Acordo	Judicialização	Maior vantagem
Tempo até solução final	60 dias	5 anos	Acordo
Custo até solução final	Despesas ordinárias	Custas judiciais e honorários de advogado externo	Acordo
Fluxo de pagamentos	Mais 6 meses garantidos	2 anos: execução das parcelas inadimplidas 5 anos: recebimento de multa e indenização	Acordo
Valor das parcelas do arrendamento	R\$ 30 milhões/ semestre, por 6 meses	R\$ 40 milhões/semestre até efetiva desocupação	Judicialização
Indenização	R\$ 180 milhões	Valor da UTE	Judicialização
Multa compensatória	N/A	R\$ 142 milhões	Judicialização
Risco de perda	Inexistente	Remoto, mas existente	Acordo
Honorários de sucumbência	N/A	10% a 20% do valor da causa	Acordo
Retomada da Usina e custos de manutenção	Imediata	Somente com a devolução pela BSE	Judicialização
Responsabilidade por novo ato autorizativo	EMAE	BSE	Judicialização

Reflexos financeiros em Dez-2016

	Nominal	Contábil	VPL @ 7,16%
Arrendamento	656	403	487
Acordo (Valor fixo)	222	128	183
Indenização (3 anos)	180	128	157
Aluguel (14 anos)	42	na	26
Geração 10% despacho (3 anos)	75	na	66
Geração 20% despacho (3 anos)	151		132
Geração 30% despacho (3 anos)	226		198
Geração 41% despacho (3 anos)	312	na	272
Judicialização	267	na	na
Multa contratual	143	na	na
Valor do ativo	125	na	na
Patrimônio Líquido	na	807	na
Valor da empresa (<i>Market Cap</i>)	193	na	na

na – não aplicável

Em caso de acordo a EMAE será responsável pelo custo de operação da UTE Piratininga



Reflexos financeiros em Dez-2016

Valor da baixa pela contabilização do acordo

	R\$ MM	% do PL	% Market Cap
Baixa do Arrendamento			
Baixa Contas a Receber do Arrendamento	-504		
Baixa IR/CS dif do Arrendamento	101		
Reativação da UTE Piratininga	38		
IR/CS dif pela reativação da UTE Piratininga	-9		
Resultado líquido da baixa do arrendamento	-375	46%	195%
Novo Acordo	168		
IR/CS dif do Novo Acordo	-40		
Res líquido do Novo Acordo	128	16%	67%
Impacto Total	-247	31%	128%
Patrimônio Líquido - Set/2016	807		
Market Cap - Set/2016	193		

Conclusões e recomendação

Conclusões:

O arrendamento é um contrato robusto, entretanto pode se resolver com uma manifestação desfavorável do MME;

O processo tem boas chances de êxito e indenização máxima em torno de R\$ 267 MM, entretanto pode ser caro e demorado;

O acordo encerra os contratos com a Petrobrás e devolve a UTE Piratininga a EMAE, inclusive as licenças ambientais;

Recomendação

Conforme exposto, apesar de vantajoso não há possibilidade de forçar a Petrobras a cumprir o contrato contra sua vontade e a máxima indenização a ser obtida, em caso de rescisão, seria aproximadamente R\$ 267 MM;

O acordo em pauta evita a incerteza e demora do processo judicial e, em caso de despacho pode chegar a um valor presente semelhante ao Arrendamento;

Com base nestes argumentos a Diretoria recomenda a aprovação dos termos do acordo e sugere o encaminhamento à Assembléia de Acionistas dado o valor do contrato em relação ao *Market Cap* e ao Patrimônio Líquido atuais da EMAE

Anexos

- 1) Avaliação jurídica detalhada
- 2) Minutas dos contratos - Acordo

Natureza do Contrato de Arrendamento:

- a) Regime jurídico de direito privado : contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, atípico e impessoal,
- b) Impossibilidade de rescisão unilateral (inadimplemento).

Prazo: 17 (dezesete) anos, a contar de sua assinatura (vigorando, portanto, até 27 de abril de 2024), conforme Cláusula 5.1.

Formas legítimas de encerrá-lo:

Cláusula Décima do Contrato de Arrendamento: hipóteses de resolução de pleno direito:

- (i)** o inadimplemento contratual não sanado no prazo de 5 (cinco) dias úteis a que se refere a Cláusula 9.2 (Cláusula 10.1);
- (ii)** a desapropriação de um ou mais imóveis que integram a Área arrendada, desde que impeça a exploração da usina (Cláusula 10.2);
- (iii)** a perda ou transferência da posse da usina pela EMAE a terceiros (Cláusula 10.3), e
- (iv)** Não emissão de ato autorizativo pela ANEEL (Cláusula 5.13).

Término do prazo da concessão da usina: não é, em princípio, uma das hipóteses de resolução automática do Contrato de Arrendamento, sendo, ao contrário, causa de suspensão de sua vigência, conforme Cláusula 5.1.1:

5.1.1. Quando do término do prazo de concessão da Usina em 2015, o prazo de vigência estipulado no item 5.1 desta Cláusula poderá ser suspenso, caso e enquanto não seja emitido novo ato autorizativo da ANEEL.

5.1.3. Na hipótese da ANEEL não emitir novo ato autorizativo, o presente Contrato restará resolvido de pleno direito.

Primeira conclusão: enquanto não houver um pronunciamento final e definitivo do MME sobre o pedido de prorrogação da concessão, não poderá a BSE, legitimamente, dar o Contrato de Arrendamento por resolvido de pleno direito, nos moldes da Cláusula 5.1.3.

Status da concessão:

- Manifestação formal da ANEEL no sentido de prorrogá-la por no mínimo 2 (dois) anos;
- Ato em sentido diametralmente oposto à retomada imediata da prestação do serviço;
- Encaminhamento ao MME;
- Concessão permanece em vigor, em caráter precário, permitindo a exploração da usina pela BSE.;
- Preço do arrendamento devido até a devolução da usina (Cláusula 3.1).

Segunda conclusão: eventual interesse da BSE em extinguir o Contrato de Arrendamento *antes* da prolação de uma decisão final e definitiva do MME a respeito do destino da concessão deverá ser objeto de ação judicial. Sem que haja uma decisão de antecipação de tutela em favor da BSE ou uma sentença final transitada em julgado decretando a extinção do Contrato de Arrendamento, a avença permanecerá em vigor.

Obrigação da BSE/Petrobrás na hipótese de encerramento do Contrato de Arrendamento:

Devolver a área e os Ativos nas condições da Cláusula Sexta, conforme previsto na Cláusula 8.1, item (vii) do Contrato de Arrendamento.

“6.1. Findo o prazo de 17 (dezessete) anos de vigência deste Contrato de Arrendamento, caso não ocorra sua prorrogação, ou em qualquer hipótese de término antecipado deste Contrato, a PETROBRAS fará a devolução dos Bens   EMAE, livres de quaisquer  nus, no estado de uso e conservação em que os recebeu, consideradas as depreciações e inovações tecnológicas inerentes ao desenvolvimento da operação objeto do Contrato.”

Terceira conclusão: o encerramento definitivo do Contrato de Arrendamento será eficaz com a devolução dos bens pela Petrobras   EMAE, no mesmo estado de uso e conservação em que os recebeu. Até que ocorra a devolução dos bens, o Contrato não terá sido encerrado e os pagamentos serão devidos.

Direito e deveres da EMAE na hipótese de encerramento do Contrato:

Recusar o recebimento da Usina, justificadamente, em estado diverso ao que se encontrava quando a arrendou à Petrobras.

OBS.: O direito de se recusar a receber o bem nessa hipótese, embora legítimo, deve ser exercido com razoabilidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil), sem abusos (art. 187 do Código Civil).

Quarta conclusão: devolução ou a desocupação da usina pela BSE sem que tenham se verificado presentes as causas de extinção do Contrato de Arrendamento caracterizará o inadimplemento da BSE, dando ensejo a todas as consequências daí decorrentes:

“9.1. Será considerado ‘inadimplemento’ de qualquer das PARTES o descumprimento ou a não observância por uma PARTE de qualquer compromisso, acordo, previsão, condição, cláusula ou dispositivo deste Contrato de Arrendamento, o qual fica sujeito a prazo de saneamento de acordo com o item 9.2 desta Cláusula”.

Nesse caso, a BSE sujeitar-se-á ao pagamento da multa compensatória de 10% (dez) por cento do valor global do contrato, devidamente corrigido pelo IGPM, conforme Cláusula 11.1 da avença.

Hipótese de não-prorrogação da Concessão

Na hipótese de a condição resolutiva expressa prevista na Cláusula 5.1.3 se operar, o Contrato de Arrendamento será resolvido de pleno direito e a BSE terá a prerrogativa de devolver a Usina. Várias teses jurídicas poderão ser suscitadas pela EMAE nessa hipótese.

Rememorando: 5.1.3. *Na hipótese da ANEEL não emitir novo ato autorizativo, o presente Contrato restará resolvido de pleno direito.*

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: providências

Caso a BSE não os devolva no estado de uso e conservação em que os recebeu.

- a) Recobrar a posse dos Bens arrendados em prazo razoável, evitando o agravamento do estado de deterioração dos bens,
- b) Elaborar um minucioso laudo de vistoria (eventualmente, uma ação de produção antecipada de provas - art. 381 do CPC), para instruir eventual ação de indenização contra a BSE/Petrobrás por descumprimento da obrigação de devolver os Bens arrendados no estado em que os recebera.

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

Possibilidade de sustentar que a resolução do Contrato de Arrendamento ocorreu por culpa ou vontade exclusiva da BSE, podendo, a partir dessa premissa, seguir três caminhos jurídicos distintos.

1) Inadimplemento da obrigação de meio

- Contrato de Arrendamento foi celebrado pelo prazo de 17 (dezessete) anos, vencendo-se em abril de 2024;
- Ciência inequívoca das partes contratantes de que a concessão para a exploração da Usina, que constitui o ativo objeto do arrendamento, venceria em julho de 2015,

Quinta conclusão: a previsibilidade do término da concessão, antes do vencimento do prazo do arrendamento, retira da BSE, em tese, a possibilidade de postular a resolução contratual com base na teoria da imprevisão ou do fato do príncipe.

Hipótese de resolução, em caso de extinção da concessão, fica, assim, restrita à Cláusula 5.1.3.

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

1) Inadimplemento da obrigação de meio

Caracterização da Obrigação de meio (providências para obtenção de novo ato autorizativo):

Cláusula 5.1.3, que trata “[d]a hipótese de a ANEEL não emitir novo ato autorizativo”, deve ser interpretada em conjunto com a segunda parte da Cláusula 5.1.1, com a Cláusula 5.1.2 e também com a Cláusula 8.1 (vi) do Contrato de Arrendamento, que assim estabelecem:

“5.1.1 ... Caberá à PETROBRAS tomar todas as providências prévias, necessárias para a obtenção desse novo ato autorizativo, com a cooperação da EMAE, mas sem ônus para esta.”

“5.1.2. Para fins da obtenção do novo ato autorizativo a que se refere o subitem 5.1.1 acima, a PETROBRAS e a EMAE atuarão em cooperação e adotarão todos os procedimentos e medidas cabíveis junto à ANEEL. “

“8.1. A PETROBRAS se obriga expressamente a:

(...)

(vi) Tomar as providências necessárias para obter, junto à ANEEL, a emissão de ato autorizativo, conforme previsto no item 5.1.1 da Cláusula Quinta acima.”

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

1) Inadimplemento da obrigação de meio

Obrigação de meio:

Obrigação exigível, a ser cumprida com empenho e boa-fé. Seu descumprimento caracteriza inadimplemento contratual.

A parte só se isenta em caso de não obtenção do resultado ou finalidade almejada, se tiver se desincumbido de adotar, com empenho e esforço legítimos, as providências que estavam a seu alcance.

Jurisprudência já definiu alguns critérios para a verificação do descumprimento da obrigação de meio, sendo todos eles genéricos e subjetivos:

- (a) a falta de esforços *razoáveis*;
- (b) a ausência de emprego da diligência, prudência e técnica *necessárias* à consecução da finalidade;
- (c) a *negligência* ou *falta de zelo*.

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

1) Inadimplemento da obrigação de meio

A falta de zelo e do emprego de meios e recursos razoáveis para a obtenção de novo auto autorizativo pode ser evidenciada por uma série de condutas da BSE:

1) em 25.03.2011 (Carta BSE-499/2011), solicitou à ANEEL a desmobilização das unidades geradoras 1 e 2 da Usina, o que gerou a suspensão temporária de sua operação comercial (Despacho ANEEL/SFG nº 4.005, de 11.10.2011);

2) não conservou, adequadamente, as instalações da Usina, descumprindo a obrigação prevista na Cláusula 4.1.2 do Contrato de Arrendamento (fato comprovado pelo Termo de Notificação ANEEL nº 123/2011, que atestou o estado de degradação das instalações da UTE Piratininga),

3) Ao diligenciar previamente ao encerramento da concessão, a BSE formulou pedidos de “prorrogação” (Ofício nº BSE – 703/2012 e Ofício BSE – 068/2013), mesmo ciente do teor da Lei Federal nº 12.783/2013, que converteu em lei a Medida Provisória 579/2012, autorizando a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica uma única vez, quando era sabido que a concessão da exploração da UTE Piratininga já havia sido anteriormente prorrogada pela Portaria MME nº 225/2004.

Cont.

- 4) no Ofício BSE – 065/201535, a empresa faz um esforço no sentido de obter a prorrogação da concessão ou novo ato autorizativo antes de 07.07.2015, ao dizer que a UTE Fernando Gasparian não poderia continuar a operar as Unidades Geradoras 3 e 4, tendo que passar a operar em “ciclo aberto”, com redução de capacidade;
- 5) no Ofício BSE – 0107/201536, a empresa declarou seu desinteresse em continuar a operar a Usina, informando que promoveria a transferência de concessão à EMAE, colocando em dúvida, ainda, a vida útil da UTE Piratininga;
- 6) a própria Petrobras encaminhou à EMAE a Carta 011/2016, contendo “derradeira” proposta de acordo, na qual relata negociações para obtenção de resultado diametralmente oposto ao colimado no Contrato de Arrendamento (referida correspondência confirma o interesse da Petrobras em devolver a concessão à EMAE e extinguir o Contrato de Arrendamento, e não de cumprir sua obrigação de meio de obter no ato autorizativo).

7) A BSE reitera as declarações feitas por meio o Ofício BSE 068/201337, no qual, apesar de ter formalmente requerido a prorrogação da concessão, apresentou, *sponte propria*, inúmeros argumentos para a ANEEL indeferir o pedido, ao listar aqueles que chamou de “desafios” a serem superados:

- (a) a obsolescência da Usina e a proximidade do término de sua vida útil;
- (b) o fato de as Unidades Geradoras 1 e 2 estarem fora de operação comercial, bem como de a Licença de Operação ser restritiva, por somente permitir a operação da Usina com queima de gás natural, o que seria inviável em razão da adaptação para funcionamento em ciclo combinado com a UTE Fernando Gasparian;
- (c) a falta de função e necessidade de desmobilização das caldeiras das Unidades Geradoras 3 e 4, em razão do fechamento do ciclo entre tais Unidades e a UTE Fernando Gasparian; e
- (d) a necessidade de o Poder Concedente considerar investimentos de R\$ 200 milhões na modernização dessas unidades e de assegurar à concessionária o retorno do investimento.

Sexta conclusão: possibilidade de alegar o inadimplemento da obrigação de meio da BSE (obtenção de novo ato autorizativo), em duas hipóteses:

- (a) caso o MME indefira a prorrogação da concessão, em razão do estado de conservação e da degradação das instalações da Usina; ou
- (b) caso a BSE desocupe a Usina antes da decisão do MME, abandonando o cumprimento da obrigação de meio à qual se vinculou e cessando quaisquer esforços para obtenção de uma decisão positiva.

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

2) Implementação da Condição Resolutiva por culpa da BSE

A postura da BSE perante o Poder Concedente pode ter contribuído decisivamente (ainda que na modalidade culposa) pela não renovação da concessão (caso venha a ser proferida decisão negativa pelo MME a respeito do pedido de prorrogação).

Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento trata da obtenção de “*novo ato autorizativo*”, e não propriamente da obtenção de uma decisão de prorrogação da concessão. Não há, no entanto, na documentação analisada, evidência de que a BSE tenha buscado obter um novo ato autorizativo, tendo concentrado seus (poucos) esforços na obtenção da prorrogação da concessão vigente.

O artigo 129, do CC, estabelece que a condição resolutiva não se reputa verificada, quando maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento, *in verbis*:

*“Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, **considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento**”.*

Hipótese de não-prorrogação da Concessão: Teses jurídicas

A) Resolução contratual por culpa da BSE

3) *Venire contra factum proprium*

Por ser da BSE a obrigação de manter e conservar a Usina (Cláusula 4.1.2) e assegurar que fosse restituída à EMAE no estado de uso e conservação em que a recebera (Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento), a degradação da Usina é ato de sua responsabilidade exclusiva.

A BSE requereu a desmobilização das Unidades Geradoras 1 e 2 (Carta BSE- 499/2011) 42, ensejando suspensão de sua operação comercial (Despacho ANEEL/SGF 4.005/2011)43.

Era da BSE a responsabilidade pela renovação da Licença de Operação, de modo que a licença restritiva (para operação apenas com queima de gás natural) obtida já na vigência do Contrato de Arrendamento contraria a Cláusula 8.1, itens (v) e (xvii), *in verbis*:

“8.1. A PETROBRAS se obriga expressamente a:

(v) *Obter todas e quaisquer autorizações para a formalização do presente Contrato de Arrendamento, **bem como obter e manter atualizadas todas as autorizações e licenças ambientais que sejam de sua responsabilidade**, conforme estabelecido na legislação em vigor;*

(...)

*(xvii) **responsabilizar-se pelo atendimento das condições impostas pelo órgão ambiental licenciador que permitir a operação regular a óleo combustível, estabelecidas no instrumento por ele emitido, desde que estritamente relacionadas ao objeto deste contrato e previamente aprovadas pela PETROBRAS.***”

A BSE que promoveu o fechamento do ciclo entre as Unidades Geradoras 3 e 4 da UTE Piratininga e a UTE Fernando Gasparian, cabendo à mesma BSE, nos moldes da já citada Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento, fazer “*a devolução dos Bens à EMAE (...) no estado de uso e conservação em que os recebeu*”.

Sétima conclusão: a BSE não poderá apresentar o argumento de que não quis mais o arrendamento (ou que este se tornou inviável) em razão da falta de condições operacionais da Usina, tampouco a alegação de que o arrendamento foi extinto por recusa do Poder Concedente em prorrogar a concessão (caso tal recusa tenha sido motivada pela falta de condições operacionais da Usina), **pois a responsável por tal situação teria sido a própria BSE. Essa situação** poderá ser qualificada como ato ilícito (artigo 187 do Código Civil) violador da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), a ensejar a reparação civil da EMAE.

Aquele que causou o problema não pode se beneficiar dele.

A BSE criou (no contrato) e manteve (até as vésperas do término do prazo da concessão) a legítima expectativa para a EMAE de que exploraria e conservaria os Bens arrendados por todo o prazo de vigência do Contrato de Arrendamento

Riscos:

1) Impossibilidade de manter a BSE contratada contra sua vontade

A EMAE não poderá exigir da BSE o cumprimento integral do Contrato de Arrendamento *in natura*, obstando a resolução contratual e a devolução da Usina antes de abril de 2024 (ou ao menos antes de setembro de 2017, prazo de prorrogação já recomendado pela ANEEL).

Inteligência do artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal, segundo o qual *“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”*. Trata-se de extensão dos consolidados princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, que impedem a contratação involuntária.

“É princípio do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno. Se uma das partes manifestou sua vontade de rescindir o contrato, não pode o Poder Judiciário impor a sua continuidade.”(STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 988736 / SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 03.11.2008)

DIREITO À INDENIZAÇÃO

Na hipótese de não ser possível uma solução amigável com a BSE/Petrobras, terá a EMAE o direito ao recebimento de indenização.

Elementos configuradores do dever de indenizar: dano, culpa/dolo e nexo de causalidade.

Dano e Culpa

Degradação da usina por culpa exclusiva da BSE

A deterioração da Usina decorre da falta de conservação e manutenção adequada dos Bens arrendados por parte da BSE. Tal hipótese já se encontra caracterizada no caso concreto e não depende de nenhum evento ou comportamento futuro da BSE.

Nota: as Partes elaboraram uma relação de ativos (Anexo I do Contrato de Arrendamento), com a descrição de todos os bens arrendados e, ainda que superficialmente, com o atestado de que todos os bens se encontravam em bom estado de conservação e em plenas condições operacionais.

Cláusula 4.1.2 do Contrato de Arrendamento: declaração da Petrobras de que recebia os bens *“no estado de uso e conservação”* em que se encontravam (a referência a *“uso”* atestando que estavam em condições operacionais) e se responsabilizou por *“por todas as medidas necessárias à proteção e salvaguarda dos Bens”*, visando a impedir que lhe fosse *“causado qualquer dano”*.

Cláusula 6.1 do Contrato de Arrendamento: assunção pela Petrobras da obrigação de devolver os Bens arrendados, ao final do prazo de 17 (dezesete) anos, *“no estado de uso e conservação em que os recebeu, consideradas as depreciações e inovações tecnológicas inerentes ao desenvolvimento da operação objeto do Contrato”*.

Cláusula 6.2 do Contrato de Arrendamento estabelece que, *“sem prejuízo de quaisquer outros pagamentos, ressarcimento e compensações”*, será feita, por ocasião da devolução da Usina, uma avaliação *“dos investimentos feitos pela Petrobras na Usina”* e *“dos passivos patrimoniais e ambientais”* causados à Usina, para compensação entre as Partes.

Cláusula 8.2.1 do Contrato de Arrendamento: estabelece o direito da Petrobras de remover as benfeitorias que possam ser removidas, ou de compensar o valor das mesmas com o valor de eventual ressarcimento devido à EMAE em razão de passivos patrimoniais ou ambientais.

A BSE/Petrobrás não terá condições de devolver a Usina no estado em que se encontrava quando a arrendou. Já há prova documental atestando que a BSE desmobilizou as Unidades Geradoras 1 e 2, suspendendo suas operações, bem como de que a própria ANEEL considerou o estado das instalações da Usina “degradado”, conforme o Termo de Notificação nº 123/201154.

O fechamento do ciclo das Unidades Geradoras da UTE Piratininga e a UTE Fernando Gasparian, que faz com que a UTE Piratininga funcione em “ciclo combinado”, retirou da Usina a capacidade operacional isolada. Sem o vapor proveniente da UTE Fernando Gasparian, a UTE Piratininga não funciona, dependendo de reformas e adaptações para readquirir suas condições operacionais.

Oitava conclusão: demonstrados o dano, a culpa e o nexo de causalidade, a EMAE, independentemente da causa ou fundamento da extinção do Contrato de Arrendamento e de retomada da Usina, é titular do direito à indenização em valor suficiente ao restabelecimento das condições da Usina existentes no momento da celebração da avença, observadas, evidentemente, as depreciações naturais inerentes ao uso. Eventuais passivos ambientais existentes também deverão entrar nessa conta.

Do valor devido à EMAE deverão ser subtraídos os valores das benfeitorias úteis ou necessárias realizadas pela Petrobras/BSE, seja em razão do disposto na citada Cláusula 8.2.1 do Contrato de Arrendamento, seja em razão da regra geral estabelecida no artigo 578 do Código Civil, segundo a qual *“[s]alvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador*

A apuração (tanto do estado da Usina e dos passivos patrimoniais e ambientais existentes, como de eventuais créditos por benfeitorias a serem compensados) deverá ser feita por meio de *avaliação por empresa independente escolhida de comum acordo pelas PARTES*”, conforme Cláusula 6.2 (a) e (b).

RESOLUÇÃO IMOTIVADA DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO ANTECIPADA DA USINA

Na hipótese de a BSE dar por encerrado o Contrato de Arrendamento *antes* de uma decisão final e definitiva do MME sobre a prorrogação da concessão já recomendada pela ANEEL ou, ainda, antes mesmo do escoamento do prazo de 2 (dois) anos de prorrogação sugerido pela ANEEL, terá a EMAE o direito de postular indenização, sob a alegação de ter havido a resolução imotivada da avença e a devolução antecipada da Usina (fora das hipóteses da Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento).

A devolução antecipada também é modalidade de inadimplemento, como visto em capítulo anterior, caracterizando a culpa da BSE. Presentes também, o nexo de causalidade e o dano, pois a devolução antecipada terá o condão de frustrar o recebimento do preço do arrendamento devido até o escoamento do prazo original, caracterizando lucros cessantes.

IMPLEMENTAÇÃO DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA POR CULPA DA BSE

Na hipótese de MME proferir decisão indeferindo o pedido de prorrogação da concessão – fazendo com que a condição resolutiva expressa do Contrato de Arrendamento (Cláusula 5.1.3) se opere – terá a EMAE a possibilidade de postular indenização contra a BSE, sob o argumento de que a BSE deu causa ou contribuiu decisivamente para o indeferimento da prorrogação postulada.

A postura da BSE de deixar que a Usina se degradasse, de requerer a desmobilização das Unidades Geradoras 1 e 2, de fechar o ciclo da Usina, e de se manifestar perante a ANEEL em sentido diametralmente oposto à real intenção de continuar explorando a concessão, podem ser interpretados – dependendo do teor da decisão final do MME – como fatores determinantes para o indeferimento da prorrogação

A EMAE poderá sustentar que a implementação da condição resolutiva expressa por culpa da própria BSE constitui violação ao princípio da boa-fé objetiva e abuso de direito, ensejando o dever da BSE de indenizar a EMAE pelo término do Contrato de Arrendamento, à luz dos já citados artigos 129, 422 e 187 do Código Civil.

VALOR DA INDENIZAÇÃO

O Contrato de Arrendamento estabeleceu a seguinte multa compensatória (Cláusula 11.1) para a hipótese de inadimplemento:

“11.1. Na hipótese de inadimplemento de uma das PARTES nos termos do item 9.1 da Cláusula Nona, a PARTE adimplente terá direito, além da resolução do Contrato, conforme previsto no item 10.1 da Cláusula Décima, ao pagamento, pela PARTE inadimplente, de multa no valor equivalente a 10% (dez por cento) do valor global mencionado no item 3.1, corrigido pelo IGPM desde o cumprimento das condições suspensivas previstas na Cláusula Quinta.”

O valor global do contrato (R\$ 765 milhões, conforme Cláusula 3.1), devidamente corrigido pelo IGPM, monta na presente data, a R\$ 1.425.676.064.90 (um bilhão, quatrocentos e vinte e cinco milhões, seiscentos e setenta e seis mil e sessenta e quatro reais e noventa centavos), de modo que a multa compensatória equivale a R\$ 142.567.606,50 (cento e quarenta e dois milhões, quinhentos e sessenta e sete mil, seiscentos e seis reais e cinquenta centavos).

Avaliação Jurídica

No tocante aos pedidos de indenização fundados no descumprimento da obrigação de meio (de obter a renovação da concessão ou novo ato autorizativo), na devolução antecipada da Usina ou na resolução do Contrato de Arrendamento sem justa causa, a existência de cláusula penal compensatória na avença, sem a ressalva do direito da EMAE a pedir indenização suplementar, serve para limitar – ou estabelecer um teto – ao valor da verba indenizatória que poderá ser conferida à empresa nessas hipóteses.

“Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

Ainda que se reconheça terem sido três os eventos de inadimplemento e, ainda que se reconheça ser o valor da multa compensatória insuficiente para compensar todos os prejuízos (inclusive lucros cessantes) suportados pela EMAE em razão do encerramento prematuro do Contrato de Arrendamento, terá a EMAE o direito de exigir a multa compensatória uma só vez, sem direito à indenização suplementar, à luz dos artigos 410 e 416 do Código Civil.

Indenização suplementar

O Contrato de Arrendamento previu a possibilidade de cobrança de indenização suplementar para a hipótese de inadimplemento da obrigação de devolver os Bens arrendados no estado em que se encontravam quando da contratação, observada, apenas, a depreciação associada ao uso regular.

Cláusula 6.2 do Contrato de Arrendamento, já citada acima, ao estabelecer que será feita a avaliação *“dos passivos patrimoniais e ambientais”* por empresa independente, tendo tal avaliação *“o objetivo de determinar eventuais valores a serem compensados pela PETROBRAS a EMAE”*, sendo tal compensação devida *“sem prejuízo de quaisquer outros pagamentos, ressarcimentos e compensações previstos no presente Contrato”*.

Nona conclusão: é possível sustentar que a EMAE faz jus ao recebimento da multa compensatória prevista na Cláusula 11.1 do Contrato de Arrendamento em quaisquer das hipóteses de inadimplemento aventadas neste estudo, fazendo, jus, *também*, ao recebimento de compensação pelos passivos patrimoniais e ambientais decorrentes da falha da BSE em devolver a Usina no estado de uso e conservação em que a recebeu.

Limite da indenização

O valor da compensação devida pela falha em restituir os Bens arrendados no estado em que se encontravam não poderá exceder o valor necessário ao restabelecimento das condições operacionais da Usina.

A indenização pela deterioração da Usina há de ser feita levando em conta a comparação entre o estado do ativo no momento do arrendamento e o estado verificado no momento de sua devolução, mas sempre tendo como limite o valor do próprio ativo.

Caso contrário, haveria enriquecimento sem causa da EMAE, vedado pelo art. 884 do Código Civil.

1) Execução ou cobrança do arrendamento

O preço do arrendamento é devido em razão do uso dos Bens arrendados, sendo, consequentemente, exigível até a efetiva devolução da Usina e seus equipamentos à EMAE.

Qualquer iniciativa da BSE de suspender ou interromper o pagamento das parcelas semestrais do arrendamento, desacompanhada da devolução formal (ainda que em juízo) da Usina à EMAE, ensejará a cobrança do valor da(s) parcela(s) inadimplida(s).

A cobrança poderá se dar, de modo conservador, mediante o ajuizamento de ação de cobrança, de rito ordinário, medida que não comportaria discussões processuais, mas apenas discussão quanto ao mérito da pretensão.

A cobrança também poderá se dar mediante o ajuizamento de ação de execução, medida mais drástica que permitiria a penhora de bens da BSE, logo após a citação, podendo ainda, ensejar a venda de bens em leilão, para pagamento da dívida inadimplida (artigos 824 e 829 do Código de Processo Civil), em caso de os embargos à execução oferecidos pela BSE serem recebidos em efeito suspensivo (artigos 914 e 919 do Código de Processo Civil).

A execução seria cabível, por reunir o Contrato de Arrendamento as características de título executivo extrajudicial, elencadas no artigo 784, III, do Código de Processo Civil, visto se tratar de documento particular devidamente assinado pela devedora BSE e por duas testemunhas.

O Contrato de Arrendamento só será extinto se o MME não autorizar a prorrogação da concessão e ainda, depois que a BSE efetivamente restituir a Usina à EMAE, torna-se possível sustentar que o não pagamento do preço do arrendamento, na periodicidade avençada (semestral), torna a dívida vencida.

No caso da ação de execução e de cobrança : a EMAE sujeita-se ao risco de pagamento de honorários de sucumbência fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da causa (artigos 85 do Código de Processo Civil⁷¹).

2) Produção antecipada de provas

Pode ser manejada concomitantemente à primeira e a terceira medidas.

“A produção antecipada de prova não tem apenas efeito conservativo ou de segurança, para evitar o perecimento da prova. A medida serve também à coleta de dados para o conhecimento de determinados fatos, ou à aferição da viabilidade ou conveniência do ajuizamento de demanda futura” (TJSP – 1ª C. D. Empresarial, Apel. 0189209-62.2014.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 05.12.2013).

Como constitui requisito para a formulação de pretensão indenizatória a comprovação, pela EMAE, da discrepância entre o estado em que se encontrava a Usina quando da celebração do arrendamento e o estado existente no momento da desocupação pela BSE, antes que transcorra grande lapso temporal entre a devolução ou desocupação da Usina pela BSE e a realização de uma avaliação independente por empresa escolhida de comum acordo entre as partes (conforme prevê a Cláusula 6.2 (a) da avença) – é importante que a EMAE obtenha a constatação do estado atual da Usina.

3) Ação indenizatória

A terceira medida cabível é a Ação de Indenização em face da BSE/Petrobrás, fundada em qualquer das modalidades de inadimplemento contratual (ou todas conjuntamente) anteriormente descritas.

O ajuizamento da Ação de Indenização pressupõe a resolução prévia do Contrato de Arrendamento ou a devolução (ou abandono) da Usina. Há 4 cenários possíveis:

Primeiro cenário: a BSE/Petrobras notifica a EMAE, dando o Contrato de Arrendamento por resolvido de pleno direito, antes de uma decisão final do MME sobre a prorrogação da concessão. Nesse caso, a EMAE terá Ação de Indenização, podendo postular a declaração de ilegalidade da resolução (que terá sido imotivada), bem como o pagamento da multa compensatória e o ressarcimento dos prejuízos causados pela deterioração dos Bens arrendados.

Segundo cenário: a BSE simplesmente abandona a Usina, desocupando-a. Nesse caso, a EMAE terá Ação de Indenização, podendo postular a rescisão (ou resolução) do Contrato de Arrendamento por culpa da BSE, bem como o pagamento da multa compensatória e o ressarcimento dos prejuízos causados pela deterioração dos Bens arrendados.

Terceiro cenário: a BSE aguarda a decisão do MME e, uma vez negativa (ou decorridos os dois anos de prorrogação já recomendada), notificação a EMAE dando o contrato por resolvido de pleno direito, em razão da implementação da condição resolutiva expressa da Cláusula 5.1.3 do Contrato de Arrendamento.

Nesse caso, a EMAE pode ajuizar Ação de Indenização, requerendo a declaração de que a resolução contratual se deu por culpa da BSE e postulando, consequentemente, o pagamento da multa compensatória e indenização pela degradação da Usina.

Quarto cenário: a BSE ajuíza ação judicial contra a EMAE, buscando o decreto de resolução do Contrato de Arrendamento e a devolução da Usina em juízo.

Nesse caso, a EMAE poderá oferecer reconvenção, para postular a declaração de resolução por culpa da BSE, bem como exigir a multa compensatória e indenização pela degradação da Usina.

Prova:

A EMAE deve estar pronta para comprovar os prejuízos suportados em razão da não devolução dos Bens arrendados no estado em que se encontravam quando foram arrendados.

Tal comprovação terá que ser feita em qualquer dos quatro cenários acima descritos.

Para que esteja preparada, a EMAE deverá manejar, no momento certo (antes ou logo após a desocupação da Usina pela BSE) a competente ação de produção antecipada de provas recomendada no capítulo anterior.

ACORDO vs JUDICIALIZAÇÃO

A Petrobras, controladora da BSE, formulou recentemente, em 26.08.2016, proposta de acordo à EMAE, pela qual se dispôs a:

- (i) pagar R\$ 180.000,00 (cento e oitenta milhões de reais) à EMAE, em seis parcelas de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões) cada;
- (ii) alugar o terreno em que se encontra a UTE Fernando Gasparian, por R\$ 1,5 milhão por semestre, até o fim de sua outorga; e, ainda
- (iii) celebrar um contrato de industrialização por encomenda para fornecimento de água em vapor à UTE Piratininga, pelo prazo de 3 anos, ao custo máximo de R\$ 104 milhões por ano para a EMAE.

Para a comparação entre o acordo (caso as condições da proposta da Petrobras sejam satisfatoriamente esclarecidas) e o ajuizamento de ação judicial contra a BSE, é necessário, em primeiro lugar, compreender as chances de êxito de cada uma das teses e medidas cabíveis.

Quadro I – Teses, Medidas e Chances de êxito

Tese	Consequência jurídica	Expressão econômica	Medida Cabível	Chance de êxito*
Arrendamento em vigor até decisão do MME ou devolução da Usina	Execução do preço do arrendamento (caso inadimplido)	R\$ 40 milhões por semestre	Ação de Execução ou Ação de Cobrança	75%
Devolução antecipada da Usina e/ou Inadimplemento da obrigação da BSE de obter novo ato autorizativo e/ou Resolução do Contrato por culpa da BSE	Direito à multa compensatória em caso de devolução antecipada da Usina	Multa de 10% do valor global atualizado do Contrato (R\$ 142 milhões)	Ação de Indenização	> 50%
Degradação da Usina (não devolução dos Bens arrendados no mesmo estado de uso e conservação em que se encontravam)	Direito à indenização para ressarcimentos dos custos necessários à recuperação das condições da Usina	Valor máximo será o próprio valor da Usina	Produção Antecipada de Provas e Ação de Indenização	> 75% (Produção Antecipada de Provas) > 50% (Ação de Indenização)

* Classificação das chances de êxito:

25%: remota

50%: possível

75%: provável

Os símbolos < ou > servem para diminuir ou intensificar as chances de êxito, situando-as entre duas categorias. Um processo com classificação > 50%, por exemplo, tem chance de êxito superior a possível e inferior a provável, situando-se no intervalo entre 50% e 75%.

Quadro II – Acordo v. Judicialização

Elemento	Acordo	Judicialização	Maior vantagem
Tempo até solução final	60 dias	5 anos	Acordo
Custo até solução final	Despesas ordinárias	Custas judiciais e honorários de advogado externo	Acordo
Fluxo de pagamentos	Mais 6 meses garantidos	2 anos: execução das parcelas inadimplidas 5 anos: recebimento de multa e indenização	Acordo
Valor das parcelas do arrendamento	R\$ 30 milhões/ semestre, por 6 meses	R\$ 40 milhões/semestre até efetiva desocupação	Judicialização
Indenização	R\$ 180 milhões	Valor da UTE	Judicialização
Multa compensatória	N/A	R\$ 142 milhões	Judicialização
Risco de perda	Inexistente	Remoto, mas existente	Acordo
Honorários de sucumbência	N/A	10% a 20% do valor da causa	Acordo
Retomada da Usina e custos de manutenção	Imediata	Somente com a devolução pela BSE	Judicialização
Responsabilidade por novo ato autorizativo	EMAE	BSE	Judicialização

Tecnicamente, parece haver um empate entre as duas soluções, não sendo possível precisar, antecipadamente, qual traria maior vantagem à EMAE. Cabe a V. Sas., portanto, ponderar quais os elementos mais sensíveis e relevantes, para a tomada de decisão.

A diferença substancial é de ordem financeira, pois a judicialização não permite estimar o prazo de recebimento nem o valor.

Conclusões:

Primeira conclusão: enquanto não houver um pronunciamento final e definitivo do MME sobre o pedido de prorrogação da concessão, não poderá a BSE, legitimamente, dar o Contrato de Arrendamento por resolvido de pleno direito, nos moldes da Cláusula 5.1.3.

Segunda conclusão: eventual interesse da BSE em extinguir o Contrato de Arrendamento *antes* da prolação de uma decisão final e definitiva do MME a respeito do destino da concessão deverá ser objeto de ação judicial. Sem que haja uma decisão de antecipação de tutela em favor da BSE ou uma sentença final transitada em julgado decretando a extinção do Contrato de Arrendamento, a avença permanecerá em vigor.

Terceira conclusão: o encerramento definitivo do Contrato de Arrendamento será eficaz com a devolução dos bens pela Petrobras à EMAE, no mesmo estado de uso e conservação em que os recebeu. Até que ocorra a devolução dos bens, o Contrato não terá sido encerrado e os pagamentos serão devidos.

Conclusões:

Quarta conclusão: devolução ou a desocupação da usina pela BSE sem que tenham se verificado presentes as causas de extinção do Contrato de Arrendamento caracterizará o inadimplemento da BSE, dando ensejo a todas as consequências daí decorrentes:

“9.1. Será considerado ‘inadimplemento’ de qualquer das PARTES o descumprimento ou a não observância por uma PARTE de qualquer compromisso, acordo, previsão, condição, cláusula ou dispositivo deste Contrato de Arrendamento, o qual fica sujeito a prazo de saneamento de acordo com o item 9.2 desta Cláusula”.

Quinta conclusão: a previsibilidade do término da concessão, antes do vencimento do prazo do arrendamento, retira da BSE, em tese, a possibilidade de postular a resolução contratual com base na teoria da imprevisão ou do fato do príncipe.

Hipótese de resolução, em caso de extinção da concessão, fica, assim, restrita à Cláusula 5.1.3.

Conclusões:

Sexta conclusão: possibilidade de alegar o inadimplemento da obrigação de meio da BSE (obtenção de novo ato autorizativo), em duas hipóteses:

- (a) caso o MME indefira a prorrogação da concessão, em razão do estado de conservação e da degradação das instalações da Usina; ou
- (b) caso a BSE desocupe a Usina antes da decisão do MME, abandonando o cumprimento da obrigação de meio à qual se vinculou e cessando quaisquer esforços para obtenção de uma decisão positiva.

Sétima conclusão: a BSE não poderá apresentar o argumento de que não quis mais o arrendamento (ou que este se tornou inviável) em razão da falta de condições operacionais da Usina, tampouco a alegação de que o arrendamento foi extinto por recusa do Poder Concedente em prorrogar a concessão (caso tal recusa tenha sido motivada pela falta de condições operacionais da Usina), **pois a responsável por tal situação teria sido a própria BSE. Esse situação** poderá ser qualificada como ato ilícito (artigo 187 do Código Civil) violador da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), a ensejar a reparação civil da EMAE.

Conclusões:

Oitava conclusão: demonstrados o dano, a culpa e o nexo de causalidade, a EMAE, independentemente da causa ou fundamento da extinção do Contrato de Arrendamento e de retomada da Usina, é titular do direito à indenização em valor suficiente ao restabelecimento das condições da Usina existentes no momento da celebração da avença, observadas, evidentemente, as depreciações naturais inerentes ao uso. Eventuais passivos ambientais existentes também deverão entrar nessa conta.

Nona conclusão: é possível sustentar que a EMAE faz jus ao recebimento da multa compensatória prevista na Cláusula 11.1 do Contrato de Arrendamento em quaisquer das hipóteses de inadimplemento aventadas neste estudo, fazendo, jus, *também*, ao recebimento de compensação pelos passivos patrimoniais e ambientais decorrentes da falha da BSE em devolver a Usina no estado de uso e conservação em que a recebeu.

Conclusões:

Décima Conclusão: adotando como critérios para a tomada de decisão o (i) tempo de solução do litígio; (ii) o custo dessa solução; (iii) a manutenção dos fluxos de pagamento, (iv) o risco de perda judicial e (v) honorários de sucumbência, a melhor solução é o acordo proposto pela PETROBRAS. Caso os critérios adotados sejam (i) o valor das parcelas do arrendamento; (ii) o valor da indenização; (iii) a multa compensatório; (iv) a retomada da UTE e a assunção dos custos de O&M e (v) a responsabilidade pela obtenção de ato autorizativo, a melhor solução é a judicialização.

O parâmetro para a decisão vem da ponderação de quais os elementos mais sensíveis e relevantes, neste momento, para a tomada de decisão.

A recomendação da Diretoria da EMAE, nos termos da RD P nº xxxx/2016, é no sentido de APROVAR a celebração do Acordo com a PETROBRÁS, pois os critérios que melhor atendem a atual necessidade da EMAE são aqueles que garantam o fluxo de caixa ininterrupto e a certeza dos valores a receber, permitindo, ainda, um ganho adicional nos casos de geração de energia na UTE FEG, que podem alcançar R\$ 104 milhões por ano (Contrato de industrialização por vapor), configurando, nesta hipótese, uma situação melhor do que atual.

Minutas dos contratos - Acordo

➔ **Contratos:**

1. Termo de Transação Extrajudicial
2. Industrialização por encomenda de vapor
3. Locação de terreno

➔ **Distratos:**

1. Memorando de entendimentos
2. Opção de compra
3. Operação e Manutenção (O&M)
4. Termo de Ateste do TRARP (Termo de Recebimento de Área e Declaração de Obrigação com Relação a Passivos Ambientais)
5. Consórcio Piratininga
6. Consórcio Flotação
7. Comodato

Minutas dos contratos - Acordo

→ *TERMO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL:*

- *OBJETO:* Encerramento antecipado do Contrato de arrendamento, em virtude das negociações para a formatação de novo modelo de negócio entre PETROBRAS e EMAE no qual a EMAE será a concessionária/autorizatória de serviços de energia elétrica referente à UTE Piratininga.
- *DISPOSIÇÕES GERAIS:* Declaração das PARTES de que a assinatura da TRANSAÇÃO ocorreu após aprovação nos órgãos societários competentes da EMAE, BSE e Petrobras.
- *CONDIÇÕES SUSPENSIVAS:*
 1. Emissão de outorga de captação de água em nome da EMAE;
 2. Assinatura do contrato de locação;
 3. Assinatura do contrato de industrialização por encomenda de vapor;
 4. Prorrogação e transferência da Concessão da UTE Piratininga para a EMAE

Minutas dos contratos - Acordo

➔ *TERMO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL: (continuação)*

- *PROVIDÊNCIAS:*

1. Requerer junto ao órgão ambiental a segregação e transferência da licença ambiental vinculada à operação dos ativos da UTE Piratininga à EMAE;
2. Segregação das garantias físicas das UTEs Fernando Gasparian e Piratininga

- *VIGÊNCIA:* Caso qualquer das Condições Suspensivas não se implemente até o dia 31 de dezembro de 2016 (prorrogáveis por 6 meses), a TRANSAÇÃO resolver-se-á de pleno direito, não surtindo nenhum efeito e considerando-se como jamais celebrada.

- *PAGAMENTO:* R\$ 180.000.000,00 (Cento e oitenta milhões de reais) em 06 (seis) parcela(s) semestrais, corrigidas pelo IGPM. Pagamento a título de indenização.

- *OUTROS PONTOS IMPORTANTES:*

- a. Transferência dos créditos de emissões aéreas decorrentes da licença ambiental de operação da UTE FEG para a EMAE ao final da autorização de produtor independente da UTE FEG;
- b. Distrato dos instrumentos jurídicos vinculados ao Contrato de arrendamento e Flotação.

Minutas dos contratos - Acordo

➔ **CONTRATO DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA DE VAPOR:**

- **OBJETO:** (i) a disponibilização pela EMAE à PETROBRAS das Águas necessárias para a geração de Vapor; (ii) a industrialização dessas Água pela PETROBRAS, resultando em Vapor à EMAE.
- **VALIDADE DO CONTRATO:** O presente Contrato será válido a partir da data da sua assinatura, permanecendo em vigor por 03 (três) anos.
- **CONDIÇÕES SUSPENSIVAS:**
 1. Eficácia do Termo de Transação Extrajudicial;
 2. Emissão de outorga de captação de água em nome da EMAE;
 3. Assinatura do contrato de locação;
 4. Prorrogação e transferência da Concessão da UTE Piratininga para a EMAE;
 5. Assinatura do Acordo Operativo.
- **PROVIDÊNCIAS:**
 1. Requerer junto ao órgão ambiental a segregação e transferência da licença ambiental vinculada à operação dos ativos da UTE Piratininga à EMAE;
 2. Segregação das garantias físicas das UTEs Fernando Gasparian e Piratininga

Minutas dos contratos - Acordo

→ CONTRATO DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA DE VAPOR: (continuação)

- **PREÇO E VALOR:** Em contraprestação à industrialização das Águas resultando em Vapor, a EMAE pagará mensalmente, após contabilização e liquidação na CCEE, à PETROBRAS o equivalente a [60%] da receita mensal da UTE Piratininga, já incluídos todos os tributos incidentes, quando houver geração da UTE Piratininga.

$$Q_v = 3 \times \text{Energia Líquida Gerada}$$

$$\text{Pagamento} = 60\% \times (\text{Remuneração da Energia}/3) \times Q_v$$

Teto de remuneração anual - Quando a receita anual de liquidação da EMAE na CCEE atingir R\$ 260 milhões, o custo da industrialização passará a corresponder a:

$$\text{Pagamento} = 100\% \times (\text{Remuneração da Energia}/3) \times Q_v$$

A remuneração prevista será reajustada anualmente pelo IPCA ou índice que vier a substituí-lo.

- **INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS:** A análise tributária não está concluída, porém é premissa que a remuneração da EMAE seja livre de tributos.

Minutas dos contratos - Acordo

→ **CONTRATO DE LOCAÇÃO:**

- **OBJETO:** Locação do terreno onde está situada a Usina Termelétrica Fernando Gasparian, ativo de geração de energia de propriedade da PETROBRAS (109.000 m²).
- **PREÇO E VALOR:** A PETROBRAS pagará à EMAE, o aluguel de R\$ 1.500.000,00 por semestre, com reajuste anual pelo IGP-M/FGV ou aquele que o substituir.

O Valor Total atribuído ao contrato é de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e dois milhões de reais).

- **CONDIÇÕES SUSPENSIVAS:**

1. Eficácia do Termo de Transação Extrajudicial;
2. Prorrogação e transferência da Concessão da UTE Piratininga para a EMAE;

- **PROVIDÊNCIAS:**

1. Requerer junto ao órgão ambiental a segregação e transferência da licença ambiental vinculada à operação dos ativos da UTE Piratininga à EMAE;
2. Segregação das garantias físicas das UTEs Fernando Gasparian e Piratininga

Minutas dos contratos - Acordo

→ **CONTRATO DE LOCAÇÃO: (continuação)**

- **OUTROS PONTOS IMPORTANTES:**

1. A PETROBRAS se responsabilizará pelo pagamento da cota condominial relacionada a infraestrutura de uso comum.
2. No caso do encerramento do contrato, após 03 (três) anos, a EMAE terá direito de indenização no valor 02 (dois) pagamentos semestrais, além dos meses proporcionais já usufruídos pela PETROBRAS.
3. Ao final do prazo contratual, a PETROBRAS se obriga a restituir o terreno livre e desimpedido, inclusive de eventual passivo ambiental decorrente do exercício da atividade da PETROBRAS na Área.