



Ao Excelentíssimo Senhor
Ministro Luís Inácio Lucena Adams
DD Advogado Geral da União
Setor de Autarquias Sul - Ed. Sede AGU 1
Quadra 3 – Lotes 5 e 6
Brasília – DF
CEP 70070-030

Senhor Ministro,

A **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO**, fundação pública do Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF n. 57.659.583/0001-84, sita na Rua Barra Funda, n. 930, Barra Funda, São Paulo, CEP 01152-000, representada por seu Diretor Executivo, PAULO ARTHUR LENCIONI GÓES, **PROTESTE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, associação civil inscrita no CNPJ/MF sob o n. 04.591.034/0001-59, sita na Rua Dr. Bacelar, n. 173, conjunto 52, Vila Clementino, São Paulo, São Paulo, CEP 04026-000, representada por sua Coordenadora Institucional, MARIA INÊS DOLCI, **INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC**, entidade civil sem fins lucrativos, legalmente constituída desde 1987, inscrita no CNPJ sob n° 58.120.387/0001-08, com sede na Rua Desembargador Guimarães, n° 21, São Paulo/SP, CEP 0 5002-050, representado por seu Coordenador Executivo, FULVIO GIANNELLA JÚNIOR, e a **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ENGENHEIROS - FNE**, associação civil inscrita no CNPJ/MF sob o n. 92.675.339/0001-06, sita na SDS, Bloco “d”, Edifício Eldorado, salas 106/109, sem número, Asa Sul, Brasília, Distrito Federal, CEP 70392-901, por seu representante legal, MURILO CELSO DE CAMPOS PINHEIRO, vêm, respeitosamente, solicitar atuação corretiva desse órgão tendo em vista ato administrativo emanado da ANEEL relativo à **prestação de serviços de iluminação pública** e que conduz a uma perda de racionalidade e encarecimento do custo para a prestação dos referidos serviços públicos. Destacamos, dentre as diversas atribuições da Advocacia Geral da União - AGU, descritas no art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, a na [Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União](#), aquelas que nos parece diretamente relacionadas com a questão que está sendo apresentada:

- medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público.
- exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos de autarquias e fundações públicas.

- fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.
- controle interno da legalidade dos atos da Administração.
- garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

Ao longo do presente documento iremos questionar o Parecer Jurídico nº 765/2008-PF/ANEEL de 27/11/2008 da Procuradoria Federal da ANEEL (Anexo 1) e o ato administrativo dele decorrente, que é o artigo 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414, de 09/09/2010, com a redação dada pela Resolução Normativa da ANEEL nº 479, de 03/04/2012. Iremos também questionar os limites de atuação da Agência em seu âmbito regulatório e em sua esfera federal.

I – CARACTERIZAÇÃO

Em todos os 5.564 municípios brasileiros, os serviços públicos de iluminação pública são de titularidade dos Municípios. Nada se realiza sem os correspondentes custeios autorizados pelos Prefeitos. Em aproximadamente metade deles, os serviços de expansão, operação e manutenção dos sistemas de iluminação pública são executados pelas concessionárias de distribuição e assim o fazem por possuírem delegação expressa através de contratos formalizados com os Municípios. Trata-se de procedimento que vem sendo mantido por diferentes gerações, há mais de 50 anos e, em grande parte dos casos, desde que os municípios foram criados.

Isto acontece por uma explicação simples, já que na maior parte dos municípios brasileiros as instalações físicas utilizadas para iluminação pública são compartilhadas com as de distribuição de energia. Nos casos referidos em que ambos os serviços são executados pela concessionária responsável, tem-se também a mesma equipe técnica atuando em ambas as funções. Essa otimização caracteriza situação extremamente benéfica aos municípios que conseguem qualidade e baixo custo, já que as distribuidoras têm condições e escala adequadas para proceder aquisições de materiais de forma correta e assegurando menores preços.

Esse modelo mostra-se na maioria dos casos mais vantajoso que outros, como a utilização de estruturas próprias das Prefeituras ou a contratação de empresas terceirizadas. No primeiro, as administrações, além de trabalho usual voltado às praças públicas, pode se responsabilizar pela expansão e pela manutenção de toda a iluminação de ruas e avenidas das cidades. A dificuldade enfrentada nesse caso será a compra das luminárias, lâmpadas e reatores, o que requer equipe especializada em adquirir e testar tais materiais. Simplesmente optar pelo menor preço numa licitação pode sair mais caro, pois é necessário atender a especificações técnicas que incluem, por exemplo, a vida útil mínima das lâmpadas (de cerca de quatro anos) e a perda de fluxo luminoso ao longo desse tempo (limitada a 30%). Esse tipo de licitação para aquisição de equipamentos e materiais com avaliação técnica, na maioria dos casos, está fora da realidade dos municípios que não dispõem de equipes técnicas para tanto.

Por fim, as empresas terceirizadas ainda que possam fazer um bom serviço e atuar em escala ao atenderem diversos municípios, mesmo com baixas margens de lucro, ficam longe de conseguir competir com o custo da concessionária de distribuição, muito mais baixo pela racionalização envolvida. Para comprovar essa realidade, basta conferir os aumentos consideráveis nos custos observados nas localidades que recentemente

terceirizaram a operação e manutenção da iluminação pública antes a cargo da concessionária de distribuição.

O compartilhamento de recursos materiais e humanos para execução de dois serviços públicos atende ao interesse do cidadão o que não descaracteriza a iluminação pública como responsabilidade municipal. Nada que a Concessionária executa se encontra em desacordo com as necessidades e solicitações dos Municípios. Não se pode confundir titularidade com propriedade de equipamentos e instalações, em geral do prestador do serviço em questão, como ocorre em vários outros setores, como águas e esgotos, coleta de lixo domiciliar e industrial, transporte urbano coletivo etc. nos quais as instalações e equipamentos utilizados não são de propriedade dos municípios, mas, sim, dos próprios prestadores desses serviços.

A contínua expansão da iluminação pública em ruas, avenidas e praças torna-se necessária não apenas pela ocupação dos vazios urbanos mas também pela necessidade de iluminação de vias de ligação dos bairros. Assim, os Municípios não apenas arcam com aqueles equipamentos que são considerados específicos de iluminação pública tais como braços de iluminação pública, luminárias, lâmpadas, reatores e ignitores mas também aqueles compartilhados que são também destinados a distribuição de energia, tais como postes, fiação e transformadores. Assim, esta parceria/compartilhamento que convivem o serviço público federal de distribuição de energia e o serviço público municipal de iluminação pública faz com que o Município tenha de arcar também com aqueles equipamentos específicos de distribuição de energia quando a iluminação pública chega antes do que os primeiros moradores numa quadra de uma determinada rua/avenida.

II – OBRIGAÇÕES GERADAS PELO ATO ADMINISTRATIVO DA ANEEL

A ANEEL promoveu a revisão da Resolução Normativa nº 414, de 09/09/2010, que estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, através da Audiência Pública nº 049/2011, onde foi tratada a parte específica sobre o artigo 218, referente a transferência dos ativos de iluminação pública e teve como resultado uma nova redação que pouco alterou a redação anterior:

1Art. 218. *“A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.*

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

§ 2º Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições:

I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II – a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção;

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

§ 3º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de janeiro de 2014.

§ 4º Salvo hipótese prevista no § 3º, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos:

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;

II – até 1º de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);

III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação;

IV – até 30 de setembro de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município;

V – até 31 de janeiro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e

VI – até 1º de março de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório final da transferência de ativos, por município.

§ 5º A partir da transferência dos ativos ou do vencimento do prazo definido no inciso V do § 4º, em cada município, aplica-se integralmente o disposto na Seção X do Capítulo II, não ensejando quaisquer pleitos compensatórios relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das sanções cabíveis caso a transferência não tenha se realizado por motivos de responsabilidade da distribuidora.”

(Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 479, de 03.04.2012)

Esta nova redação foi aprovada na reunião colegiada da Diretoria da ANEEL no dia 03/04/2012. A ANEEL não acatou o clamor de inúmeras entidades representativas de consumidores de energia e representativas dos Municípios, conforme pode ser verificado nas contribuições feitas na Audiência Pública nº 049/2011 (disponíveis no sítio eletrônico da ANEEL). Destacamos as contribuições feitas pela Federação Nacional dos Prefeitos – FNP (Anexo 2) e pela Confederação Nacional dos Municípios – CNM (Anexo 3), que reflete a posição dos Municípios brasileiros. A análise detalhada do processo da referida Audiência Pública, pretensamente democrático e participativo, irá demonstrar que a ANEEL impôs sua decisão ainda que todas as entidades da sociedade civil e representativas dos municípios houvessem se manifestado frontalmente contrárias, com incontestáveis fundamentos demonstrando aumento de custos e dificuldade dos pequenos municípios se estruturarem para efetuar os serviços de manutenção. Não foi apresentado um único argumento contrário no sentido que poderia haver qualquer melhoria ou vantagem para qualquer lado envolvido. A justificativa sempre verbalizada pelos representantes da Agência Reguladora foi que o comando constitucional que define os serviços de iluminação pública como de titularidade municipal é que obrigariam a Agência a tomar tal atitude.

Na Nota Técnica 004/2012-SRC/ANEEL, de 02/04/2012, onde se justificam as conclusões da ANEEL em relação as contribuições feitas na Audiência Pública nº 049/2011, disponível em seu sítio eletrônico, a ANEEL discorda dos argumentos apresentados e apenas apresenta como solução aos Municípios o aumento da contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, ou seja, o aumento da carga tributária sobre a população:

91. Outros aspectos relativos aos serviços de iluminação pública questionados pelos Municípios referem-se à expectativa de aumento do preço dos serviços de operação e manutenção e sobre a falta de estruturação dos Municípios menores para os executarem. A respeito desse assunto, a Constituição Federal, em seu artigo 149-A faculta aos Municípios estabelecerem a contribuição para custeio do serviço de iluminação pública.

As entidades signatárias, além de terem apresentado suas contribuições na Audiência Pública nº 049/2011, 07/05/2012, conjuntamente e formando a Frente de Defesa de Consumidores de Energia Elétrica, enviaram carta para o Ministério de Minas e Energia e para a ANEEL (Anexo 4), demonstrando que o ato administrativo da ANEEL provocará expressivas despesas adicionais para os Municípios, implicando em repasse de custos para a população via Contribuição de Custeio para Iluminação Pública - CIP, o que as Entidades se posicionaram contrárias. O MME e a ANEEL não responderam ao documento, encerrando, assim, a possibilidade da Agência Reguladora espontaneamente rever sua posição.

O ato administrativo impôs às Distribuidoras a doação de seus ativos exclusivos de iluminação pública e ainda impôs aos Municípios a obrigação de recebê-los, nos prazos limites de cronograma estipulados, com a transferência de ativos sendo efetivada até janeiro de 2014.

III – O QUE SE PRETENDE QUE SEJA DOADO

Os denominados ativos que a ANEEL está impondo serem doados são parte dos equipamentos que compõe os sistemas de iluminação pública, tais como braços de iluminação, luminárias, lâmpadas, reatores e ignitores. Permanecerão com as Distribuidoras os demais ativos que compõe os sistemas de iluminação, tais como postes, fios e transformadores que tem função compartilhada entre os serviços de distribuição de energia e iluminação pública.

A terminologia “ativos” ou “ativos imobilizados em serviço” usada pela ANEEL enquanto que a legislação utiliza como terminologia “Bens Públicos” e “Bens Particulares”, como consta na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil):

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

O que a ANEEL denomina de “Ativos” são, portanto, definidos como “Bens Privados” (particulares), pertencentes ao patrimônio da Distribuidora, como assim explica o autor Marçal Justen Filho:

XIV.3.1) O bem público é de titularidade de uma pessoa estatal.

Adota-se o entendimento de que os bens de propriedade de particulares, mesmo que afetados à satisfação de necessidades coletivas e submetidos parcialmente ao regime de direito público, não se transformam em bens públicos.

Assim, os bens dos concessionários de serviço público são bens privados e continuam sujeitos ao regime jurídico correspondente à propriedade privada, com algumas restrições decorrentes de sua afetação ao serviço público. Nem o bem se transforma em público nem o concessionário adquire a condição de integrante da Administração Pública. O concessionário exerce atividade administrativa e seus bens são necessários a tanto, mas nem o sujeito nem o seu patrimônio deixam de ter natureza privada.

Os bens públicos são de titularidade de uma pessoa integrante da Administração Pública estatal. (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 702)

Ainda o mesmo autor, em outro trecho de seu livro assim expõe:

XI. 12.11.5.2) Os bens privados afetados

Mas há também bens privados do concessionário, aplicados à prestação do serviço público. São bens integrantes do patrimônio do próprio concessionário (em princípio). Esses bens se sujeitam a um regime jurídico especial. Não são bens públicos porque não integram o domínio do poder concedente. No entanto, sua afetação à prestação do serviço produz a aplicação do regime jurídico dos bens públicos. Logo, esses bens não são penhoráveis nem podem ser objeto de desapossamento compulsório por dívidas do concessionário.

XI.12.11.5.3) Bens reversíveis e não reversíveis

Os bens privados podem ser distinguidos em duas categorias. Há os bens reversíveis e os não reversíveis. Os primeiros são aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão. Já os segundos serão utilizados pelo concessionário enquanto durar a concessão. Extinto o contrato, tais bens serão desafetados e o concessionário poderá promover o destino que bem lhe aprouver para eles.

A distinção entre bens reversíveis e não reversíveis abrange, basicamente, bens não consumíveis. Não há maior sentido em aludir ao problema quando o bem tem vida útil inferior ao período de duração da concessão. Não se disputa sua reversibilidade, a não ser que o contrato seja extinto antes do término do prazo e o Estado necessite desse bem na continuidade da prestação dos serviços. . (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 515)

Assim, fica esclarecido que estamos aqui a tratar de Bens Privados da Distribuidora e somente reversíveis ao final do prazo de concessão e que a ANEEL pretende que passem a integrar o patrimônio dos Municípios e, desta forma, se transformando em Bens Públicos municipais.

Nesta Representação, utilizaremos o termo “Ativo” em lugar de “Bem Privado”, “Município” em lugar de “pessoa jurídica de direito público competente” e “doação” em lugar de “transferência sem ônus”.

IV - ONDE SE ORIGINOU O ATO ADMINISTRATIVO DA ANEEL

Conforme teremos condição de expor mais a frente, a regulação da ANEEL deve ser realizada a partir de políticas e diretrizes do Governo Federal. Em análise minuciosa ao processo da ANEEL que originou a transferência de ativos de iluminação pública (48500.002402/2007-19) não encontramos algum ato do Governo Federal que viesse a provocar uma iniciativa da ANEEL sobre o assunto.

Todos os contratos de concessão de serviços públicos de distribuição firmados pelo antigo DNAEE (Departamento Nacional de Energia Elétrica) e, posteriormente, pela ANEEL, expressamente preveem a possibilidade de realização dos serviços de manutenção de iluminação pública (Tarifa B4b) executados pelas Distribuidoras.

Assim, a execução de serviços de iluminação pública pelas Distribuidoras, nas localidades onde já vinham se realizando, foi um dado relevante nos casos em que houve privatização da concessão e o que a ANEEL pretende agora efetivar é uma mudança de obrigações em contratos de concessão que se encontram em plena vigência, sem qualquer avaliação ou compensação do que representa a mudança em termos

contratuais.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Pontes de Miranda, assim discorreu sobre os limites que devem ser observados pela Administração para não vir a se portar como legislador:

VI. Limites ao regulamento no Direito Brasileiro: a delegação legislativa disfarçada

23. Disse Pontes de Miranda:

"Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal, o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica.

"Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico.

"Se, regulamentando a lei 'a', o regulamento fere a Constituição ou outra lei, é contrário à Constituição, ou à lei, e — em consequência — nulo o que editou.

"A pretexto de regulamentar a lei 'a', não pode o regulamento, sequer, ofender o que, a propósito de lei 'b', outro regulamento estabeleceu.

24. Esta longa — mas oportuna — citação calha à fiveleta para indicar que ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que "ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário.

É dizer: se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar

de fazer alguma coisa em virtude de lei" perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude do regulamento, ora de lei, ao âmbito do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida. (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2002, p. 316)

Os fundamentos expostos pelo conceituado jurista, nos indicam que os Municípios podem não acatar a determinação da ANEEL para o recebimento em doação dos chamados "Ativos de Iluminação Pública" pelo simples motivo de vício de iniciativa de quem está efetuando a determinação e por não ser obrigado a fazer aquilo que não existe lei que assim o determine.

Se a ANEEL, extrapolando sua competência, se sente no direito de exigir que os Municípios recebam em doação os chamados ativos de iluminação pública, por sua vez, os Municípios, alternativamente ao colocado acima, podem estipular condicionantes alinhados com o interesse público, para que possa ser aceita as doações tais como que estejam em perfeitas condições de forma que não exijam custos para sua recuperação. Cita-se à título apenas de exemplo: equipamentos sem sinais de corrosão, com a iluminância média horizontal em função da potência das lâmpadas atendendo os parâmetros da norma técnica da ABNT e outras caracterizações técnicas estabelecidas em norma técnica. Como não há qualquer suporte legal para que esta transferência de ativos se realize, também não há nada que obrigue que o Município venha a receber um sistema de iluminação pública sucateado e que implique em altíssimos investimentos para sua recuperação.

V – A ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DA ANEEL

Além de não se encontrar qualquer novo ato do Governo Federal que desencadeasse a ação regulatória da ANEEL, encontramos o oposto, a legislação federal mantida com o comando que os circuitos de iluminação pública devem ser considerados como parte integrante do sistema de distribuição.

A Agência não dispõe de poderes para reformar legislação de nível superior como a que se encontra expressa no Decreto nº 41.019, de 26/02/1957 que regulamenta os serviços de energia elétrica e que se encontra em plena vigência e onde consta:

Art. 5º. O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão.

§ 1º. Este serviço poderá ser realizado:

a) diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média;

b) através de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão.

§ 2º. Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição. (Grifo nosso)

Por "***circuitos de iluminação, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição***" não pode ser entendido de outra forma que não seja os circuitos com todos os seus componentes, desde a transformação, cabos elétricos, suportes, braços de luminárias e

luminárias, ou seja, não apenas os ativos compartilhados como postes e fiação mas também os específicos utilizados na iluminação pública tais como lâmpadas e reatores.

Em todo o processo não se cita uma única vez este dispositivo legal, ficando aqui, portanto, cabalmente demonstrada falha processual e a ilegalidade cometida.

VI – OS LIMITES DE ATUAÇÃO DA ANEEL E A NECESSIDADE DE REVISÃO DE SEUS ATOS

Encontramos uma situação recente, similar à tratada na presente Representação, em que a ANEEL desrespeitou um Decreto e depois, tendo uma entidade representativa de agentes do setor elétrico (APINE) alertado para a falha, a ANEEL acabou por rever seu ato (Resolução Normativa). Iremos apresentar o caso por entendermos que os argumentos jurídicos que tratam dos limites de atuação da ANEEL se aplicam igualmente ao presente caso tratado na Representação.

Se configurou o descumprimento do Decreto (nº 7.521/2011), tendo sido no caso reconhecida a falha em parecer pela sua Procuradoria Federal, ensejando a publicação da Resolução Normativa nº 496/2012 e em decorrência se revogando a Resolução Normativa nº 450/2011. Do Parecer Jurídico nº 0143/2012-PF/ANEEL da Procuradora Federal Karine Lyra Corrêa, da Advocacia Geral da União - AGU e lotada na própria Agência (Anexo 5) destacamos:

II.4 - A regulação setorial e as políticas e diretrizes do Governo Federal.

23. Já se viu que o poder normativo das Agências Reguladoras está atrelado aos limites conferidos pela lei. No caso específico da ANEEL, a Lei nº 9.427/1996 foi responsável pela instituição da agência e pelo delineamento de suas atribuições, estabelecendo inclusive o seu poder de regular o setor de energia elétrica, como se observa do texto do seu art. 2º, transcrito a seguir:

"Art. 2º - A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal."

24. Como visto, o poder normativo conferido à ANEEL deve ser exercido por meio da regulação dos setores de produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, mas sempre em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal.

25. As Agências Reguladoras, naturalmente, não têm competência para ditar os vetores da política setorial. A competência para tanto pertence ao próprio governo, que deve delinear os objetivos a serem atingidos por um dado setor. Para a consecução desses objetivos, os governos se valem da instituição de políticas públicas, as quais são definidas por MARQUES NETO (2005, p.86) como "metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidos a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico".

26. A implementação das políticas públicas nos setores regulados, todavia, pode não se fazer automaticamente, sendo necessária, em alguns casos, a intervenção da entidade reguladora com vistas a estabelecer uma política regulatória. As políticas regulatórias, segundo o autor (MARQUES NETO, 2005. p. 88) "são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor, com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado". Se as políticas regulatórias visam a consecução de pautas de políticas

públicas, naturalmente que devem, estar alinhadas com essas últimas, não se admitindo que o manejo de políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie políticas públicas.

27. Assim é que, embora a ANEEL, como entidade reguladora, tenha uma margem de liberdade para criar e manejar as políticas regulatórias, essas não podem jamais contrariar, negar ou esvaziar as políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal.

II.5 - A regulação da ANEEL e os Decretos do Poder Executivo

28. Como visto, a regulação da ANEEL encontra limites nas políticas e diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal. Tais políticas, todavia, somente podem ser formuladas por aqueles competentes para tanto.

29. Os Decretos são expedidos pelo Presidente da República com base no art. 84, IV, da Constituição Federal e seu objetivo é permitir a fiel execução das leis.

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis. bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

30. As leis são o instrumento por meio do qual as políticas são gestadas e tornadas públicas. Os Decretos, por seu turno, são o instrumento normativo que possibilitam a fiel execução das leis ou, em outras palavras, das políticas delas constantes. Nesse contexto, parece-nos que as Resoluções normativas não podem contrariar o disposto nos Decretos exarados pelo Chefe do Poder Executivo, pois tais normas também encerram as políticas e diretrizes do Governo Federal.

31 ...

32. Diante do exposto, a Procuradoria entende que a ANEEL extrapolou sua competência quando manteve na Resolução nº 421/2010 determinação contrária ao texto do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.521/2011, contrariando assim um vetor da política setorial.

Assim, tanto quanto o caso relatado pela Procuradora da AGU, quanto ao presente caso tratado nesta Petição, não há como passar despercebido que o comando do § 2º do artigo 5º do Decreto nº 41.019/1957 também é um vetor da política setorial que foi largamente utilizado por várias décadas pelas Concessionárias e Municípios.

Diferente do recente caso aqui relatado, não se espera qualquer mudança de posição de forma voluntária pela ANEEL em relação a transferência de ativos de iluminação pública, o que pode ser avaliado pela imposição que vem sendo feita de sua vontade em detrimento dos interesses dos Municípios e das Entidades da sociedade civil.

VII – NOTA TÉCNICA DA ABRADÉE

Encontramos no processo da ANEEL uma Nota Técnica feita em 2009 pela ABRADÉE – Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia, em que se aprofundou em vários aspectos da transferência de ativos de iluminação pública, que juntamos a presente Representação (Anexo 6).

Destaca-se na página 7:

HELLY LOPES MEIRELLES, discorrendo em “Parecer” específico sobre a situação da Iluminação Pública, assevera que: “Inexiste preceito constitucional, expresso ou implícito que autorize o Município a apropriar-se do material adquirido pela Concessionária contratada ou retomar o que lhe foi legalmente doado (...), nos casos em que a implantação, ampliação, e manutenção das instalações e equipamentos forem ou vierem a ser deferidas às Concessionárias de Energia Elétrica por contrato, pois o que, constitucionalmente, pertence às municipalidades é o serviço de iluminação pública e não os equipamentos e instalações utilizadas na sua prestação.” (“Iluminação Pública”, in “Estudos e Pareceres de Direito Público”, Revista dos Tribunais São Paulo, 1988, Vol. 10, p. 270)

Destaca-se na página 10:

Assim, afora a inconstitucionalidade e a ilegalidade que derivam da situação, o que se verifica é que a pretensão da ANEEL, está também a querer confundir a titularidade do serviço público municipal de iluminação pública, com a dos equipamentos e instalações utilizadas na sua prestação.

Destaca-se na página 14 em relação à Lei nº 9.427/1996:

É importante notar que, no artigo 14, o legislador deixou consignado que a concessionária, embora seja proprietária (propriedade resolúvel) de alguns dos bens reversíveis, não poderá dispor dos ditos bens (indisponibilidade) sem a prévia anuência do poder concedente. Mas, no conceito de anuir não está a amplidão de determinar. Tal constatação, salvo melhor juízo, reforça a ideia de que os princípios da continuidade, regularidade e atualidade justificam uma mitigação do direito a propriedade, mas não o suprimem.

Como se observa a entidade que representa as concessionárias de distribuição de todo o país reservadamente alertou a ANEEL quanto a falhas de sua intenção na época de promover a transferência de ativos de iluminação pública, mas posteriormente se aquietou, certamente por não querer “bater de frente” com quem define as tarifas de suas representadas.

VIII - O PARECER JURÍDICO DA ANEEL SOBRE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Como se pode constatar ao avaliar os 31 volumes do processo da ANEEL (nº 48500.002402/2007-19), toda ação da ANEEL se encontra respaldada em um único parecer, identificado como Parecer Jurídico nº 765/2008-PF/ANEEL de 27/11/2008 (Anexo 1).

Temos entendimento convergente com o Procurador da ANEEL quanto ao que se encontra disposto nos artigos 3, 4 e 5 do citado Parecer onde fica devidamente demonstrado que os serviços de iluminação pública sempre foram de competência municipal e, portanto, não foi a Emenda Constitucional nº 39/2002 que resultou no artigo 149 B da Constituição Federal (Contribuição de Custeio de Serviço de Iluminação Pública) que teria trazido qualquer alteração quanto a este aspecto.

Destaca-se ainda do referido parecer onde já se alertava para dificuldades da implementação da transferência de ativos:

12. No entanto, a Procuradoria Federal alerta que a transferência dos referidos ativos para os municípios é uma questão complexa, de modo que sua viabilidade engloba outros pontos a serem resolvidos, tais como prazo e forma que se dará essa transferência, devendo, portanto, envolver as Superintendências da Agência afetas ao tema.

A conclusão final do Parecer não recomenda que a ANEEL tivesse que tomar qualquer providência quanto a referida “situação anômala” em que a Distribuidora era possuidora de bens que estavam sendo utilizados no serviço público de iluminação pública:

Diante do exposto, por considerar que os serviços de iluminação pública são de competência municipal, opina-se pela possibilidade da ANEEL, no âmbito de sua competência regulatória, determinar que as concessionárias transfiram aos municípios seus ativos relacionados à iluminação pública.

Portanto, o Procurador conclui pela possibilidade (e não necessidade) da ANEEL determinar que as concessionárias transfiram aos municípios seus ativos relacionados com iluminação pública.

A ANEEL nunca justificou sua atitude de impor a transferência de ativos como decorrente de um ato discricionário, no âmbito de suas competências, alegando sempre imposição constitucional. Entendemos que nem poderia alegar, pois tal ato discricionário exacerba seus limites de atuação como regulação do setor elétrico.

O Parecer Jurídico nº 765/2008-PF/ANEEL possui falha ao “pinçar” um parágrafo de livro do autor Walter Tolentino Alvares que, isoladamente, leva a entendimento incorreto do expressado:

Assim, enquanto a distribuição não se confunda com a iluminação pública, ocorre, todavia, que no Brasil, na realidade, a iluminação pública é fisicamente realizada pela concessionária, mas, não obstante esta maneira de efetivação, é a iluminação pública considerada uma classe de consumidor, e, como uma consequência, as suas instalações, a rede respectiva, são de propriedade do consumidor titular, isto é, as prefeituras (porém nada impede que particulares estendam redes de iluminação, com em vilas operárias, etc.), e assim não se incorporam ao sistema de distribuição, não estando vinculadas ao serviço público executado pela concessionária”. (Curso de Direito de Energia, Forense, 1978, p. 245).

O que o parágrafo acima isoladamente dá a entender é que as redes de iluminação pública seriam de propriedade das prefeituras e não vinculadas ao serviço público executado pela concessionária.

Observamos que, se for incluído o parágrafo imediatamente seguinte constante do referido livro, o entendimento passa a ser outro:

Assim, enquanto a distribuição não se confunda com a iluminação pública, ocorre, todavia, que no Brasil, na realidade, a iluminação pública é fisicamente realizada pela concessionária, mas, não obstante esta maneira de efetivação, é a iluminação pública considerada uma classe de consumidor, e, como uma consequência, as suas instalações, a rede respectiva, são de propriedade do consumidor titular, isto é, as prefeituras (porém nada impede que particulares estendam redes de iluminação, com em vilas operárias,

etc.), e assim não se incorporam ao sistema de distribuição, não estando vinculadas ao serviço público executado pela concessionária”..

A iluminação pública é objeto de tarifa fixada pelo poder concedente, como qualquer outro usuário, sendo orientação que já era admitida pelo extinto CNAEE, como sua resolução nº 1.482, de 19 de junho de 1958.

Por outro lado, nada obstaría que as prefeituras convencionassem com a concessionária que recaísse sobre esta o próprio ônus de instalação de rede de iluminação, que, assim, ficaria integrada no sistema. Teoricamente, então, existiria um consumidor sem instalações próprias, e, por conseguinte, a concessionária responderia perante terceiros por danos causados pelas instalações utilizadas no serviço deste consumidor, por serem bens vinculados à concessão. Nesses casos, esses circuitos de iluminação pública pertencentes a concessionários, dizia o § 2º do art. 5º do Decreto 41.019, seriam considerados parte integrante do sistema de distribuição. (Curso de Direito de Energia, Forense, 1978, p. 245)

A simples omissão do único dispositivo legal que regula o assunto (§ 2º do art. 5º do Decreto 41.019/1957) é inadmissível, ensejando a nulidade do referido Parecer Jurídico, sendo passível a invalidação de ato administrativo decorrente, com efeito *ex tunc*. Esta omissão e mais a inserção de citação incompleta de trecho do livro do consagrado jurista Walter Tolentino Alvares, justamente de parte onde se menciona a referida legislação nos leva a crer que a omissão pode não ter sido involuntária.

IX – ASPECTOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DA ANEEL

Quem se beneficiará com a transferência de ativos de iluminação pública das Distribuidoras para os Municípios? Não se apresenta qualquer vantagem para a população, para os Municípios e para as Distribuidoras. Apenas se desarticula um serviço público que em muitas cidades vinha se desenvolvendo de forma satisfatória.

A título de exemplo, apresentamos abaixo a evolução prevista dos gastos mensais com iluminação pública em 5 Municípios, bem como o percentuais de acréscimo dos serviço de manutenção e no total (fornecimento de energia + manutenção):

Município	Gasto Atual R\$	Gasto Futuro R\$	Aumento manutenção %	Aumento Geral %
Bauru	461.844,82	875.494,34	622	59
Praia Grande	435.929,43	622.716,31	524	43
Santos	497.713,48	668.487,29	463	34

São Vicente	385.198,26	550.533,82	506	43
Sorocaba	807.631,76	1.225.034,10	674	52

Os cálculos se encontram demonstrados nos Anexos 7 à 11. Os valores com Gasto Futuro foram estimados considerando a contratação de empresa terceirizada que cobre cerca de R\$ 9,00 por ponto de iluminação, entretanto, os aumentos de custos podem ser ainda maiores, com a inclusão de novos itens, tais como “call Center” e gerenciamento da iluminação pública.

Nunca questionando que a competência dos serviços públicos é de titularidade municipal, nada impede que seja executado na forma mais vantajosa para a Administração e para os administrados como já apregoava o jurista Hely Lopes Meirelles:

Competência para prestação de serviço – A repartição das competências para a prestação de serviço público e utilidade pública, pelas três entidades estatais – União, Estado-membro, Município - se opera segundo critérios técnicos e jurídicos, tendo em vista sempre os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza e a extensão dos serviços, bem como a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados (Direito Administrativo Brasileiro, Revista dos Tribunais, 1983, p. 271)

Segundo o art. 6º § 1º da Lei das Concessões (nº 8.987/1995), “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**”. (Grifo nosso)

Segundo o Código de Defesa dos Consumidores (Lei nº 8.078/1990 – arts. 4º e 6º) deve ser atendido, dentre outros, o princípio de **racionalização** e melhoria dos serviços públicos, sendo ainda direito básico do consumidor, dentre outros, a adequada e **eficaz** prestação dos serviços públicos em geral. (Grifo nosso)

Observe-se que o problema da transferência de ativos não se resume a brutal aumento de custos envolvidos mas também a falta de estrutura dos pequenos Municípios com dificuldades e falta de pessoal qualificado para tecnicamente lidar com a questão.

Enquanto que o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 determina a transferência de ativos e o fim da tarifa regulada para manutenção de iluminação pública (extingue-se a Tarifa B4b) tão logo consumada esta transferência, o artigo 21 da mesma resolução apresenta comando aparentemente em sentido inverso:

Art. 21. “A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.

§1º A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

§2º A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação de capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes, quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ 1º a 4º do art. 43.”

Por meio da Audiência Pública nº 047/2012, recentemente realizada, com o recebimento das contribuições que puderam ser apresentadas até 25/09/2012, tomamos conhecimento de que a ANEEL pretende incentivar as Distribuidoras a fazerem os mais diversos tipos de serviços extra concessão, denominados de serviços acessórios. Dentre as atividades acessórias foi incluída a elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública. A ANEEL reconhece quanto está prejudicando os Municípios, se propondo a voltar executar os serviços relativos a operação e manutenção de iluminação pública, como extra concessão. Destacamos da Nota Técnica nº 13/2012-SRC/ANEEL (disponível no sítio eletrônico da ANEEL) que dá suporte a referida Audiência Pública a citação sobre iluminação pública que “... *muitos Municípios se manifestaram contrários e até mesmo impossibilitados de executar diretamente ou contratar outra empresa que não a própria distribuidora*”.

Observa-se que muito longe de ser uma “guardiã” da Constituição para que o serviço público municipal de iluminação pública não seja executado por uma concessionária de serviço público federal o verdadeiro objetivo da ANEEL pode ser apenas o de aumentar as tarifas cobradas para a Distribuidora continuar a executar os serviços de operação e manutenção de iluminação pública, nivelando com os preços de mercado de empresas terceirizadas, por volta de cinco vezes superiores aos que hoje estão sendo praticados, tudo isso para que parte da receita da Distribuidora se reverta para o município tarifária.

Isto posto, reforça-se a necessidade de se limitar as atribuições da ANEEL àquelas que foram estabelecidas por lei, qual seja a de regular o setor elétrico em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Fica caracterizado o risco que representa para a sociedade, a Agência Reguladora querer otimizar os resultados do setor que representa em detrimento de interesse público maior e desarticulando um serviço público municipal dentro daquilo que vem sendo feito a quase um século, e para o qual a Agência se sente totalmente descomprometida.

X – DA SUSTAÇÃO DOS ATOS INQUINADOS DE ILEGAIS

O artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 determina que a distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS, dentro cronograma a ser ajustado com os Municípios, desde que observado o prazo limite de 31 de janeiro de 2014.

Alguns Municípios já efetivaram a transferência, como exemplo, Diadema em São Paulo e vários outros já efetuaram a licitação para possibilitar assumirem os serviços de expansão, operação e manutenção da iluminação pública, como exemplo, São Vicente em São Paulo.

Nestes Municípios os custos com serviços manutenção mais do que quintuplicaram!!!

Estamos diante de ato ilegal que pode vir a acarretar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, com possibilidades de graves prejuízos de difícil reparação em vista do que recursos públicos antes direcionados a ações sociais dos Governos Municipais necessitarão ser remanejados para cobrir o aumento de custos com iluminação pública. Um futuro aumento da contribuição de custeio de iluminação pública, se aprovada pela Câmara de Vereadores implicará em ônus adicionais aos cidadãos.

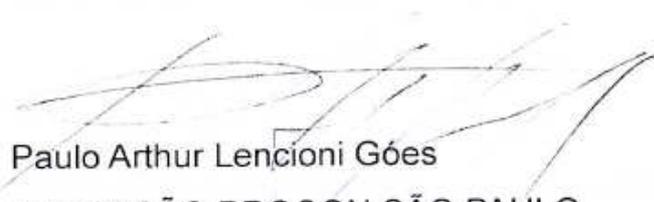
XI – DOS PEDIDOS

Embora a ANEEL, como entidade reguladora, tenha atribuição para editar normas que viabilizem a implementação de políticas públicas, sua atuação não pode contrariar, negar ou esvaziar o que se encontra estabelecido na legislação, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade (artigo 37, da Constituição Federal), e ao princípio da reserva legal (artigo 59, da Constituição Federal), que estabelece sobre as atribuições ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Diante de todo o exposto, requerem as Entidades signatárias, que a Advocacia Geral da União – AGU torne sem efeitos o Parecer Jurídico nº 765/2008-PF/ANEEL, fixando a correta interpretação da legislação vigente.

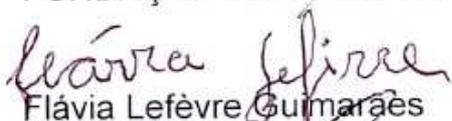
As Entidades signatárias requerem ainda esclarecimento que, dentre as atribuições legais da ANEEL, não se encontra a de obrigarem os Municípios a receberem em transferência os ativos de iluminação pública que atualmente sejam parte integrante do sistema de distribuição da Concessionária, situação esta que, como demonstrado, se encontra em conformidade com a legislação vigente (§2º do artigo 5º do Decreto nº 41.019, de 26/02/1957).

Brasília, 29 de novembro de 2012.



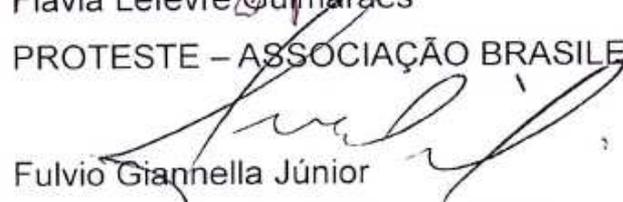
Paulo Arthur Lencioni Góes

FUNDAÇÃO PROCON SÃO PAULO



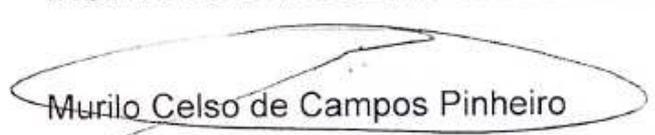
Flávia Lefèvre Guimarães

PROTESTE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR



Fulvio Giannella Júnior

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC



Murilo Celso de Campos Pinheiro

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ENGENHEIROS

