

ANEXO 1

Parecer Jurídico nº 765/2008-PF/ANEEL



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL – ANEEL
SGAN – Quadra 603 / Módulos “I” e “J”
CEP 70830-030 – Brasília – DF – Brasil

PARECER N.º 765 /2008-PF/ANEEL

Referência: Ofício n.º 365/2008-SRC/ANEEL

Assunto: Esclarecimentos sobre competência de prestação do serviço público de iluminação pública.

Ementa: Iluminação pública. Serviço público de interesse local. Competência dos municípios. Propriedade dos ativos. Casos em que a concessionária de distribuição é a proprietária das instalações relacionadas à iluminação pública. Situação anômala. Possibilidade de transferência de ativos para os municípios. Questão complexa. Necessidade de envolvimento das áreas técnicas da Agência afetas ac tema.
Parecer pela possibilidade da ANEEL no âmbito de sua competência regulatória, determinar que as concessionárias transfiram aos municípios seus ativos relacionados à iluminação pública.

Trata-se de consulta feita pela Superintendência de Regulação da Comercialização – SRC, por meio do Ofício n.º 365/2008-SRC/ANEEL, solicitando esclarecimentos sobre a competência dos municípios e das concessionárias de distribuição quanto à prestação do serviço público de iluminação pública, bem como da propriedade desses ativos.

1 – DA ANÁLISE

2. Com relação à competência para a prestação do serviço público de iluminação pública, cabe o seguinte esclarecimento.
3. No passado, assim dispunha o artigo 8º do Decreto-Lei n.º 3.763, de 25 de outubro de 1941, *in verbis*:

*“Art. 8º. O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal.
Parágrafo único. Os fornecimentos de energia elétrica para **serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços de caráter local explorados pelas municipalidades, serão***

48516.00 5280/08-00

(Fls. 2 do Parecer nº 765 /2008-PF/ANEEL).

regulados por contratos de fornecimento entre esta e os concessionários ou contratantes, observado o disposto nos respectivos contratos da concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado".(g.n.)

4. Também se destaca, por complementar, dispositivo do Decreto-Lei n.º 5.764, de 19 de agosto de 1943, a seguir transcrito:

"Art. 1º. Enquanto não forem assinados os contratos a que se referem os arts. 202 do Código de Águas e 18 do Decreto-lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, os direitos e obrigações das empresas de energia elétrica, coletivo ou individuais, continuarão a ser regidos pelos contratos anteriores celebrados, com as derrogações expressas na presente lei.

§ 1º. A União substituirá automaticamente nesses contratos, desde a publicação desta lei, os Estados, o Distrito Federal, o Território do Acre e os Municípios, salvo quanto as obrigações e pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos de natureza local". (g.n.)

5. Portanto, constata-se que a prestação de serviços de iluminação pública sempre foi de competência dos municípios, fazendo parte dos serviços públicos de interesse local, conforme atualmente dispõem os artigos 30, V, e 149-A, ambos da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)"

6. Destarte, é incontroverso que a competência para a prestação do serviço público de iluminação pública é da municipalidade. Todavia, não se pode negar que as concessionárias de distribuição, em muitos casos, exerceram a atribuição que deveria ter sido realizada pelos municípios, implantando as instalações de iluminação pública, bem como fazendo a operação e manutenção do sistema.

7. Por oportuno, transcreve-se o ensinamento de Walter T. Álvares sobre a distinção entre distribuição de energia elétrica e iluminação pública:

"Assim, conquanto 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 como uma classe de consumidor, e, como uma consequência, as suas instalações,

(Fls. 3 do Parecer nº 465 /2008-PF/ANEEL).

instalações, a rede respectiva, são de propriedade do consumidor titular, isto é, as prefeituras (porém nada impede que particulares estendam redes de iluminação, como 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 da Energia, Forense, 1978, p. 245).

8. Atenta à realidade, a Resolução n.º 456/00 regula os casos em que o sistema de iluminação pública for de propriedade da concessionária, ora para impor responsabilidades, ora para diferenciar tarifas. Neste aspecto, destacam-se os artigos 9º, 114 e 116, *in litteris*:

“Art. 9º. O ponto de entrega de energia elétrica deverá situar-se no limite da pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvados os seguintes casos:

(...)

VII - tratando-se de fornecimento destinado a sistema de iluminação pública, o ponto de entrega será, alternativamente:

a) a conexão da rede de distribuição da concessionária com as instalações elétricas de iluminação pública, quando estas pertencerem ao Poder Público; e

b) o bulbo da lâmpada, quando as instalações destinadas à iluminação pública pertencerem à concessionária.” (g.n.)

“Art. 114. A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, podendo a concessionária prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando o consumidor responsável pelas despesas decorrentes.

Parágrafo único. Quando o sistema de iluminação pública for de propriedade da concessionária, esta será responsável pela execução e custeio dos respectivos serviços de operação e manutenção.

“Art. 116. As tarifas aplicáveis aos fornecimentos de energia elétrica para iluminação pública serão estruturadas de acordo com a localização do ponto de entrega, a saber:

I - Tarifa B4a: aplicável quando o Poder Público for o proprietário do sistema de iluminação pública; e

II - Tarifa B4b: aplicável quando o sistema de iluminação pública for de propriedade da concessionária.”

9. Desta forma, constata-se que atualmente existe uma situação anômala no tocante aos serviços de iluminação pública. Com efeito, embora a legislação atribua aos municípios a competência para prestar os serviços de iluminação pública, há casos em que a concessionária de distribuição é a proprietária das instalações, ou seja, das redes, postes, luminárias, reatores etc. Tal situação faz com que estes ativos integrem a base de remuneração da concessionária, ou seja, a tarifa devida à concessionária deve incluir os custos de operação e manutenção daquelas instalações.

(Fls. 4 do Parecer nº 765 /2008-PF/ANEEL).

10. Por outro lado, sendo as instalações de iluminação pública de propriedade exclusiva da municipalidade, os bens afetados integram o patrimônio dos municípios, não possuindo qualquer vínculo com o serviço público de distribuição de energia elétrica, o que, em tese, não impede o município de contratar a concessionária para operacionalizar o serviço.

11. Destarte, considerando que os serviços de iluminação pública são de competência municipal, a ANEEL, no âmbito de sua competência regulatória, pode determinar que as concessionárias transfiram aos municípios seus ativos relacionados à iluminação pública, a fim de que as concessionárias possam se concentrar na exploração dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica objeto dos contratos de concessão.

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 em que se dará essa transferência, devendo, portanto, envolver as Superintendências da Agência afetas ao tema.

II – CONCLUSÃO

13. 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.

14. É o parecer que submeto à consideração do Senhor Procurador-Geral para, se aprovado, posterior encaminhamento à Superintendência de Regulação da Comercialização da Eletricidade - SRC.

Brasília, 27 de novembro de 2008.


MARCELO ESCALANTE GONÇALVES
Procurador Federal
SIAPE nº 1553447

Aprovo o Parecer n.º 765 /2008-PF/ANEEL. Encaminhe-se à Superintendência de Regulação da Comercialização da Eletricidade - SRC.

Brasília, 28 de Novembro de 2008.


CLAUDIO GIRARDI
Procurador-Geral

ANEXO 2

Contribuição da Federação Nacional dos Prefeitos – FNP

Ofício FNP nº 1789/2011

Brasília, DF, 09 de dezembro de 2011.

Ao Senhor
EDVALDO ALVES DE SANTANA
Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)

Assunto: Art. 218 da Resolução 414/2010 da ANEEL, que transfere os ativos de iluminação pública para os municípios.

Prezado Senhor,

Com os cordiais cumprimentos, apresentamos inicialmente nossos agradecimentos a esta Agência no sentido de atender às solicitações das entidades municipalistas, em especial desta Frente Nacional de Prefeitos (FNP), visando a reabertura do processo de audiências públicas para colher subsídios a respeito do art. 218 da Resolução Normativa nº 414/2010, o qual trata da transferência dos ativos de iluminação pública à pessoa jurídica de direito público competente. As audiências presenciais foram realizadas em Manaus (AM), Recife (PE), São Paulo (SP) e Belo Horizonte (MG), além de deixar aberto aos interessados a possibilidade de participar por meio documental entre 09 de setembro a 09 de dezembro de 2011.

A partir de informações complementares, de contribuição de técnicos de dezenas de municípios e de relatos sobre as audiências públicas presenciais, esta FNP apresenta, nesta oportunidade, o presente expediente que trata de elementos técnicos, operacionais e políticos sobre o tema, na finalidade de explicitar as dificuldades ainda presentes com vistas ao cumprimento pelos municípios do que fora estabelecido na Resolução em tela.

O primeiro elemento para discussão do art. 218 é o de que esta Frente Nacional de Prefeitos (FNP) reconhece ser **a iluminação pública uma competência municipal**, porém, o conjunto dos (as) Prefeitos (as), em especial dos municípios que ainda não assumiram os “ativos de iluminação pública”, concordam que esta transferência requer um **período de transição**, com regras claras, sobretudo diante da existência de elementos financeiros aludidos pelos gestores públicos em suas contribuições nas reuniões outrora realizadas nessa Instituição e nas audiências públicas acerca do tema.

Entretanto, vale ressaltar, que a adoção por parte dessa Agência de um novo cronograma de transferência e implantação dos referidos ativos de iluminação pública pelos Municípios não proporcionaria a estes a imediata prestação dos serviços, haja vista a existência de impedimentos de ordem técnica, jurídica e orçamentária, os quais serão brevemente comentados a seguir:

1. Obrigatoriedade de prestar o serviço

O art. 69 da Resolução 414/2010 é totalmente ilegal ao prever que os Municípios realizarão **Acordo Operativo** com as concessionárias para disciplinar as condições de acesso ao sistema elétrico de distribuição, para posteriormente repassarem a um “terceiro”. Assim sendo, não há como os Municípios realizarem um acordo para interferir em competência estrita das concessionárias (rede) e, ainda, repassarem esse acesso a terceiros, recaindo sobre si toda a responsabilidade por qualquer evento que possa resultar da intervenção. Muitos municípios não têm estrutura física e muito menos técnica para se responsabilizar por essa nova função.

Além disso, os contratos de concessão da ANEEL com as Concessionárias de distribuição de energia elétrica, na Cláusula Quinta, inciso IV, são taxativos quanto a responsabilidade da concessionária quanto a garantia da confiabilidade do sistema elétrico.

2. Ilegalidade do Art. 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL

O Art. 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL possui conteúdo estritamente normativo uma vez que determina a transferência dos Ativos Imobilizados em Serviço do Sistema de Iluminação Pública à pessoa jurídica de direito público competente, estabelecendo, inclusive um prazo para que a referida transferência seja efetivada.

Na Lei nº 9427/97, a qual instituiu a ANEEL, não se vislumbra qualquer delegação de poder normativo a esta agência reguladora, a qual seria necessária para a normatização do que se encontra contido no Art. 218 da Resolução em apreço, logo, não cabe à ANEEL qualquer exercício de discricionariedade regulamentar no presente caso, eis que inexistente na sua lei criadora delegação de competências normativas.

3. Riscos para os municípios e para as concessionárias; necessidade de proteção

No caso de recebimento do acervo pelos Municípios, certas condições são relevantes, tais como:

- a) o estado de conservação dos equipamentos e materiais;
- b) necessidade de dispositivo de proteção, separação de circuitos ou independência de redes de energia elétrica domiciliar e iluminação pública, para garantia dos Municípios.

Atualmente os circuitos de energia elétrica domiciliar e de iluminação pública estão integrados. Avaliamos que as redes devam ser independentes uma do outra com a implantação de medidor - equipamento de proteção no ponto da entrega.

4. Organização dos municípios para gerir o serviço

A gestão da prestação dos serviços de iluminação pública pelos municípios demanda estruturação técnica, operacional e financeira destes, o que, indiretamente, obrigaria a maioria dos municípios a contratar terceiros para a execução destes, ou, “recontratar” as concessionárias que transferiram os referidos ativos de iluminação pública.

A antieconomicidade da recontração das concessionárias seria um fato inconteste, eis que geraria vultosos gastos para os cofres públicos municipais, haja vista o fato de que os municípios teriam que arcar com todos os encargos próprios do poder concedente somados aos custos da contratação das concessionárias para a prestação do serviço.

5. Consórcios públicos – uma alternativa a ser estudada

A criação de consórcios públicos visando dotar os Municípios menos favorecidos de estrutura técnica, financeira e operacional necessária à execução dos serviços de iluminação pública, a princípio se demonstra uma alternativa a ser estudada, o que demandaria tempo e necessária constituição de uma associação pública ou de uma pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos, consoante determinação da Lei nº 11.107/2005.

6. Tarifas – Mudança da Tarifa B4b para B4a.

De acordo com a resolução 414/2010, enquanto as instalações de iluminação pública forem de propriedade da distribuidora, a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b. Após a transferência a tarifa aplicada será a B4a. A diferença entre o valor das tarifas fica em torno de 9,75%. Essa diferença cobrada a mais pelas distribuidoras é exatamente para custear as despesas com a manutenção dos equipamentos de iluminação pública.

Levantamento realizado pela FNP com 54 municípios de 17 Estados, indica o seguinte:

A responsabilidade pela manutenção dos ativos da iluminação pública nos municípios pesquisados está distribuída da seguinte forma:

23 pelo próprio município e

31 pela distribuidora de Energia elétrica.

Dos municípios que são responsáveis pela manutenção dos pontos de iluminação pública, 11 o fazem por meio de empresa terceirizada, 10 com equipe do próprio município, 02 de forma híbrida, ou seja, com funcionários do município e empresa terceirizada.

O custo médio de manutenção por ponto de iluminação, considerando esse universo pesquisado, é o seguinte:

Cerca de R\$ 1,50 quando realizada pelas distribuidoras;

Cerca de R\$10,00 quando realizada pelas prefeituras por meio de empresas terceirizadas;

Cerca de R\$ 24,50 quando realizada por equipe da própria prefeitura.

Como se pode notar neste levantamento preliminar o custo pela manutenção realizado pelo próprio município, ou por meio de contratação de empresa terceirizada, fica muito acima do valor pago atualmente pelos municípios para as distribuidoras realizarem o serviço. Ou seja, **a transferência imediata dos ativos implicaria em custos adicionais e insustentáveis para os municípios brasileiros.**

Desta forma, para avançarmos nas negociações, faz-se necessário **um levantamento mais detalhado e abrangente dos custos de manutenção por ponto de iluminação pública**, na perspectiva da construção de uma saída mais equilibrada e justa para a questão, reavaliando-se as tarifas vigentes.

Esta FNP reivindica ainda que os municípios que já assumiram os ativos de iluminação pública possam reverter esta situação, retornando os serviços para as Distribuidoras e a consequência incidência da tarifa B4b.

7. Previsão orçamentária – PPA e LOA.

Como é do Vosso conhecimento, o Art. 165 da Constituição Federal determina que o Poder Executivo estabelecerá, mediante Leis de sua iniciativa, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. No âmbito dos Municípios, a iniciativa das respectivas Leis caberá ao Chefe do Executivo Municipal, onde o PPA identifica as formas de financiamento das despesas públicas, inclusive as de duração continuada, ao passo que a LOA compreende os orçamentos fiscal e de investimentos.

Dessa forma, verifica-se que consoante o Art. 6º da lei Federal nº 4320/64, *todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções*, depreendendo-se de tal norma que, os Municípios encontram-se atualmente impedidos de incluir na Lei do Orçamento respectiva as receitas e despesas referentes à prestação dos serviços de iluminação pública face ao fechamento dos orçamentos municipais para o exercício financeiro de 2012.

Visto os elementos apresentados e a dificuldade em assumir o cronograma divulgado às distribuidoras de energia elétrica, esta entidade vem **solicitar à ANEEL, a suspensão por tempo indeterminado ou definitivo do art. 218 da Resolução 414/2010** para que os municípios não sacrifiquem seu orçamento e os investimentos em benefícios da população.

Diante das dificuldades apresentadas pelos municípios, a FNP comunicará este pedido dirigido à ANEEL, ao Congresso Nacional e ao conjunto dos Órgãos Federais que tratam do tema.

Acreditamos na sensibilidade dessa Agência que prima pelo equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, para que reconhecendo as dificuldades de muitos municípios brasileiros possa acatar esta solicitação.

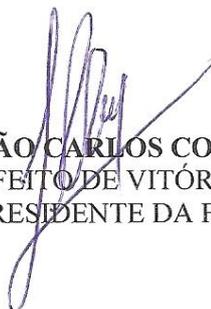
Dessa forma, reivindicamos o atendimento integral do presente pleito com o objetivo de equacionarmos as questões ora vislumbradas sem a necessidade de fazer uso dos instrumentos jurídicos cabíveis no presente caso, mas, ao contrário, dar continuidade ao salutar debate que vem se estabelecendo entre essa Agência e toda a sociedade, na finalidade de evitar o comprometimento do funcionamento de todas as atividades de igual importância desenvolvidas no âmbito dos municípios.

Renovamos nossa manifestação de elevado apreço e consideração, despedimo-nos cordialmente.

Atenciosamente,



DÁRCY VERA
PREFEITA DE RIBEIRÃO PRETO (SP)
1ª VICE-PRESIDENTE DA REGIÃO SUDESTE DA FNP



JOÃO CARLOS COSER
PREFEITO DE VITÓRIA/ES
PRESIDENTE DA FNP

Contribuição relativa à transferência do acervo dos sistemas de iluminação pública das concessionárias aos municípios, após audiência Pública realizada em São Paulo em 17 de novembro de 2011:

Resolução Normativa nº414 de 09 de setembro de 2010

Art.218.

Tendo acompanhado a seção de audiência pública realizada pela ANEE, em São Paulo no dia 09 de setembro de 2011, e considerando as manifestações das diversas autoridades municipais, de suas várias associações representativas e o posicionamento e esclarecimentos apresentados pelo Diretor da ANEEL responsável pelo evento, apresentamos aqui indagações e sugestões relativas ao importante tema tratado.

1 – Inconstitucionalidade.

A alegação de respaldo constitucional apresentada para justificar a pretendida transferência dos acervos dos respectivos sistemas de iluminação pública aos municípios deve ser melhor avaliada.

De fato, por ser de interesse local, a responsabilidade na prestação de serviços de iluminação pública é incumbência do Poder Público Municipal, conforme decorre do Art. 30 da Constituição Brasileira.

Os municípios desde sempre, na história da iluminação pública provida ou não por eletricidade (através queima de óleo e/ou lampião a gaz, antes do advento da eletricidade), assumiram esta responsabilidade, e sempre custearam estes serviços e, no caso da iluminação por eletricidade, pagam por estes serviços desde sempre, seja através de contratos de adesão (sob tarifa B4b) ou específicos (sob tarifa B4a) com as concessionárias de energia. Mais recentemente também com empresas gerenciadoras especializadas, estes a custos muito elevados.

Estes contratos, celebrados pelos municípios para responder às suas responsabilidades, foram majoritariamente celebrados com as concessionárias de energia elétrica. Isto em razão dessas empresas serem as responsáveis pela construção e gestão das redes de distribuição de energia elétrica. Possuem o necessário domínio técnico para tanto, através de seus quadros profissionais, e respondem pela gestão da operação e manutenção destes sistemas, conforme seus contratos de concessão específicos, celebrados com a Poder Público central, a União.

Atendendo a número elevado de municípios em suas respectivas áreas de concessão, as concessionárias têm as condições objetivas para promover a manutenção dos sistemas de iluminação pública a custos inferiores, pois conseguem reduzir custos devido à escala na compra de equipamentos e materiais e por trabalharem com os mesmos veículos e equipes técnicas que atuam em suas redes de distribuição de energia.

A alegação, agora, de que há obrigação para os municípios em aceitar, como doação onerosa, o acervo dos respectivos sistemas de iluminação pública para **continuarem** a responder por suas atribuições constitucionais (como se já não o fizessem) deve ser questionada.

Com este raciocínio também empresas contratadas para a coleta de lixo municipal, serviço também de responsabilidade municipal por força do mesmo Art.30 da Constituição Federal, deverão transferir todo o acervo utilizado na prestação desse serviço aos municípios.

No rigor deste raciocínio, também as concessionárias de energia elétrica deveriam reverter seus ativos de geração, transmissão e distribuição de energia à União, a esta que é, também por força constitucional, a única responsável pelo provimento da energia elétrica a todo o país.

Nos contratos, ora em vigor, entre municipalidades e concessionárias de energia elétrica estas concorrem com os equipamentos necessários (luminárias e lâmpadas) à realização dos serviços de provimento de iluminação artificial, além do gerenciamento e do fornecimento da mão de obra. Tal como ocorre com as empresas contratadas para a prestação de serviços de limpeza pública.

Em suma, a efetiva assunção de responsabilidade constitucional na prestação dos serviços públicos por qualquer dos entes federativos não supõe necessariamente a propriedade de meios, do acervo patrimonial, necessários a esta prestação, devendo prevalecer, na escolha das alternativas possíveis, o interesse público no que concerne à sua viabilidade técnica e administrativa, à qualidade dos serviços e os custos associados.

Para a imensa maioria dos municípios brasileiros o provimento deste serviço municipal pode continuar através de contrato “bulbo da lâmpada” – tarifa B4b – prestado pelas concessionárias sem a elevação de custos indesejáveis a serem

repassados aos municípios. Sobretudo se pensamos à grande porcentagem de pequenos municípios que não dispõem de condições objetivas para a efetiva gestão e controle deste serviço.

Deve-se ter em conta os riscos à segurança pública que poderão advir desta medida, tendo em vista a ausência de tempo necessário para o preparo das administrações municipais tanto na área técnica quanto na gestão administrativa desses serviços tão especializados.

2 – Atribuições da ANEEL

Por outro lado, as atribuições da ANEEL estão restritas à Regularização e fiscalização e ao “desenvolvimento” do setor elétrico.

O Art. 218 da Resolução Normativa 414 de 09/09/2010 extrapola as funções legais da ANEEL ao interferir diretamente nas atividades das Administrações Municipais, impondo-lhes aceitação onerosa dos ativos dos respectivos sistemas de iluminação pública.

Dentro de suas atribuições legais a ANEEL não poderia propor Projeto de Lei específico para esta transferência, ao invés de estabelecê-la por Resolução Normativa?

Mesmo assim, tal Projeto de Lei deveria ser objeto de audiências públicas específicas, prévias ao seu envio ao congresso, conforme estabelece o Art. 21 do Decreto 2.335 de 07 de outubro de 1997 que define as competências da ANEEL.

Este artigo nº 21 impõe, também aos atos administrativos da Agência, a Consulta Prévia específica quando suas decisões (e por força delas e suas consequências) afetam direitos dos agentes econômicos ou consumidores.

A edição da Resolução Normativa 414/2010, que contempla a ampla e complexa matéria relativa às “condições gerais de fornecimento de energia elétrica” não foi precedida de audiência pública específica no que concerne à transferência dos ativos da iluminação pública, matéria que interessa diretamente ao consumidor-Poder Público Municipal e indiretamente a toda população Brasileira.

De fato, a Tarifa hoje aplicável ao fornecimento de energia elétrica para a iluminação pública aos municípios, onde os ativos pertencem às respectivas concessionárias (a B4b), é superior em 10% àquela (B4a) aplicada quando o

ativo da iluminação pública é municipal, e esta tarifa B4b inclui o fornecimento de energia e os serviços de manutenção do sistema de iluminação pública.

Nesta tarifa tem-se, então, a seguinte composição percentual no custeio deste serviço para estes municípios:

Custo do fornecimento de energia elétrica ≈ 91%

Custo de manutenção ≈ 9%.

A título de exemplo, um Município com acervo de 10.000 unidades de iluminação pública, pagará aproximadamente, em valores médios na tarifa B4b, cerca de R\$ 1.700.000 anuais, assim distribuídos:

custo anual de energia elétrica : R\$ 1.547 000,00 - 91%

custo anual de manutenção: R\$ 153 000,00 - 9%

Total anual: R\$ 1.700 000,00

Entretanto, aos custos que vêm se apresentando no mercado de serviços especializados em manutenção de iluminação pública, cerca de R\$ 9,00 por unidade de iluminação e por mês (valor médio nas concorrências já verificadas), o custo de manutenção deste acervo de 10.000 unidades se elevará para valores aproximados R\$ 1.080.000,00 ao ano, representando neste item de custeio um aumento de 600% ao erário municipal! Nesta hipótese, para este hipotético município, os custos com a manutenção se aproximarão à quase equiparação com o do consumo de energia elétrica para a iluminação pública, gerando um novo custeio global estimado em R\$ 2.627.000,00 com percentuais alterados para:

custo anual de energia elétrica : R\$ 1.547.000,00 - 59%

custo anual de manutenção: R\$ 1.080,000,00 - 41%

Novo total anual: R\$ 2.627.000,00 (!)

Este novo valor do custeio da manutenção terá que ser coberto por aumento de tributos ou então por redução no volume de outros serviços que são prestados pelas administrações municipais às respectivas populações.

Esta é a razão central, segundo a qual a matéria escaparia à competência exclusiva da ANEEL, sendo que os municípios deveriam ser consultados

previamente a qualquer pretensão ou imposição pela ANEEL, na hipótese de um Projeto de Lei que os obrigassem a receber, na doação onerosa pelas concessionárias de energia, do acervo dos respectivos sistemas de iluminação pública, pois os prefeitos têm a observar o que prescreve a Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à criação de novos dispêndios ou ônus aos seus municípios. Neste momento igualmente as Câmaras legislativas também deverão ser consultadas.

3 – A ANEEL pode defender os interesses do Poder Público (inciso XVI Art. 4º Decreto nº 2.335/1997) ?

Na hipótese da aceitação onerosa pelos municípios indagamos: Não pode a ANEEL, por força do que é estabelecido no inciso XVI do Art. 4º do Decreto nº 2335/1997, proteger e defender o consumidor, aqui o Poder Público Municipal, ao determinar às concessionárias de distribuição de energia elétrica, hoje as responsáveis pelo serviço de manutenção da iluminação pública (as detentoras deste acervo) a explicitarem seus respectivos custos com estes serviços de manutenção da iluminação pública ?

Esta medida reputamos por necessária para impedir a formação de cartéis neste setor da Administração Pública.

A indústria de energia elétrica que surgiu a mais de 100 anos, primordialmente para prestar serviços de iluminação pública à cidades (vejam-se os nomes das “concessionárias” precursoras, sempre carregando “Luz e Força ” (Light and Power) seguido do nome dos municípios), viabilizou-se inicialmente com essa atividade associada à tração elétrica. Pode agora trazer, com clareza e detalhes, todos os itens e respectivos custos que incorrem os serviços de manutenção da iluminação pública.

A ANEEL não pode furtar-se a esta decisão, já que editou a Resolução Normativa 414/2010 (com seu Art.218) sob pena de abandonar os municípios ao sabor dos interesses de ganhos do mercado de serviço nesta área.

4 – Alterar o valor da tarifa de iluminação pública ?

Resta saber neste momento, qual a razão motivadora da decisão da transferência do acervo da iluminação pública aos Municípios, com as consequências e problemas indesejáveis que se podem inferir pelo que aqui é apresentado.

São as concessionárias de distribuição de energia elétrica aquelas que hoje reúnem as melhores condições para tal atividade.

Possuem o cadastro do acervo da iluminação pública, possuem as cartografias e cadastros de suas redes de distribuição nas cidades, possuem a cultura e as equipes técnicas especializadas e adequadas, veículos e equipamentos, possuem “call centers” operativos e, por esta razão podem oferecer os melhores serviços nesta área e, com certeza, a menor custo.

Não seria mais eficaz elaborar proposta de nova tarifa B4b e discuti-la com as municipalidades?

Os equipamentos que compõem os sistemas de iluminação pública são como que um adendo ao sistema elétrico distribuidor, é associado a ele e, a bem da racionalidade e da segurança, devem permanecer sob a supervisão e controle das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Se a tarifa B4b, ao seu valor atual, não cobre adequadamente os custos com a manutenção da iluminação pública, que sejam explicitados estes custos e venham a ser praticados novos valores para esta tarifa, valores mutuamente acordados entre o setor elétrico e os municípios.

Assim, toda essa questão da gestão da iluminação pública não poderia ser resolvida pela via da “realidade tarifária”?

Neste sentido, houve pedido formal, por parte das concessionárias de distribuição de energia elétrica ou de seus órgãos de representação, de revisão da tarifa B4b ?

Houve pedido formal, por parte dos órgãos de representação das concessionárias de distribuição de energia elétrica, para a transferência do acervo da iluminação pública para os municípios ?

Segundo as regras estabelecidas pela Lei de Privatização do setor elétrico as concessionárias de energia têm sua lucratividade garantida ao longo do período das respectivas concessões. Resultados financeiros bastante expressivos têm se verificado no setor. Assim, se de fato há alguma defasagem na tarifa B4b, indicando a não cobertura total dos custos incorridos com a iluminação pública, esta defasagem tem sido coberta pelo conjunto das demais tarifas aplicadas às demais classes de consumo, como a residencial, comercial, industrial, etc. Haja vista aos resultados financeiros aqui mencionados.

Assim cabe indagar:

Seria mesmo necessária a busca por uma nova “realidade tarifária” com possível aumento na tarifa B4b ?

A quem interessa a medida trazida pelo Art. 218 da Resolução Normativa nº414/2010 da ANEEL ?

A quem beneficia, à sociedade? Às concessionárias? Às empresas prestadoras de serviços terceirizados?

Que benefícios esta medida proporciona à sociedade?

5 – Não haverá risco à segurança pública ?

Na atualidade a segurança pública é motivo de grande e justificada preocupação por parte população e das autoridades responsáveis. É de conhecimento geral que a iluminação pública é fator significativo na inibição de atos ilícitos de qualquer natureza.

Um “desarranjo” ou descontrole nos serviços de iluminação pública que poderá ocorrer devido ao despreparo hoje existente ou imperícia das administrações municipais quanto à gestão da iluminação pública, em razão do caráter intempestivo da Resolução Normativa 414/2010, poderá comprometer ainda

mais esta precária situação da segurança pública hoje existentes nas cidades, sobretudo em suas periferias.

Toda e qualquer improbidade ou imperícia na condução da gestão dos serviços de iluminação pública vai agravar ainda mais esta questão, o que deve ser imperiosamente evitado pela ação responsável do Poder Público.

Os serviços de gestão da iluminação pública que vêm sendo prestados por empresas não concessionárias de energia elétrica para grandes municípios, capitais de Estados, têm deixado muito a desejar quanto à sua qualidade, a despeito dos altos valores cobrados aos munícipes.

Estes serviços têm se mantido “campeões” nos índices de reclamações junto aos órgãos de controle de defesa dos consumidores.

Estes fatos não estão a desaconselhar e não levarão os legítimos representantes e responsáveis pelas municipalidades, os prefeitos municipais, à recusa no encaminhamento às respectivas Câmaras Municipais, de processo de aceitação de doação onerosa do acervo da iluminação pública que vem de ser estabelecido pela Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL?

Porque então afastar as concessionárias de distribuição de energia elétrica da prestação de serviços de gestão da iluminação pública, conforme é decorrência da aplicação do Art. 218 da Resolução Normativa 414/2010 ?

Paulo de Tarso Carvalhaes
Gestor do Departamento de Iluminação Pública
Secretaria de Obras
Prefeitura de Guarulhos

São Paulo 07 de dezembro de 2011

ANEXO 3

Contribuição da Confederação Nacional dos Municípios – CNM

**ENVIO DE CONTRIBUIÇÕES REFERENTE À AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº
049/2011**

**NOME DA ENTIDADE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS -
CNM**

**AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL
ATO REGULATÓRIO: Resolução Normativa nº 414/2010**

EMENTA: Estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada.

TEXTO/ANEEL	TEXTO/CNM	JUSTIFICATIVA/INSTITUIÇÃO
<p>Art. 218. Nos casos onde o sistema de iluminação pública estiver registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS da distribuidora, esta deve transferir os respectivos ativos à pessoa jurídica de direito público competente no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da publicação desta Resolução.</p> <p>§1º Enquanto as instalações de iluminação pública existentes forem de propriedade da distribuidora, o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada.</p> <p>§2º Enquanto as instalações de iluminação pública existentes forem de propriedade da distribuidora, esta é responsável pela execução e custeio apenas dos respectivos serviços de operação e manutenção.</p>	<p>REVOGAÇÃO</p>	<p>A teoria dos poderes implícitos explica que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, lhe confere, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução.</p> <p>No que concerne à Segurança Pública (art. 144, CF) foi ela atribuída ordinariamente aos Estados-membros, tanto que, têm eles a incumbência de organizar e manter as polícias militares e civis.</p> <p>Nesse sentido – a CNM entende que a iluminação pública é meio indispensável para a prestação do serviço público de segurança. Questiona-se o enquadramento de tal serviço como de interesse local puro e simples.</p> <p>Por outro lado, se avaliarmos o que está expresso no art. 30 da Constituição Federal, teremos muito claro que o oferecimento dos serviços de competência do município, se assim entendêssemos a iluminação pública, não pressupõe a obrigação de ser o ente proprietário dos ativos visto que estes serviços como a própria Constituição determina poderão ser</p>

<p>§3º Enquanto as instalações de iluminação pública forem de propriedade da distribuidora, a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a Tarifa B4b.</p> <p>§ 4º Os ativos constituídos com recursos da distribuidora devem ser alienados, sendo que, em caráter excepcional, tais ativos podem ser doados, desde que haja prévia anuência da ANEEL.</p> <p>§ 5º Os ativos constituídos com recursos de Obrigações Vinculadas à Concessão do Serviço Público de Energia Elétrica (Obrigações Especiais) serão transferidos sem ônus para pessoa jurídica de direito público, mediante comprovação e prévia anuência da ANEEL.</p> <p>§6º A distribuidora deve encaminhar à ANEEL relatórios de acompanhamento da segregação dos ativos do sistema de iluminação pública e atender ao seguinte cronograma, contado a partir da publicação desta Resolução:</p> <p>I - em até 6 (seis) meses: elaboração de plano de repasse às prefeituras dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;</p> <p>II - em até 9 (nove) meses: comprovação do encaminhamento de proposta da distribuidora ao poder público municipal e distrital, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e relatório detalhando o AIS, por Município, e apresentação, se for o caso, de relatório que demonstre e comprove a</p>		<p>prestados mediante concessão ou permissão, logo, o atendimento da obrigação não depende em nenhum momento da propriedade dos ativos.</p> <p>No que trata da concessão ou permissão, o Município torna-se impotente para exercer o poder de conceder ou permitir, diante do fato de que as distribuidoras de energia elétrica atendem regiões certas do país, não possibilitando o exercício dessa faculdade por parte dos entes locais.</p> <p>No mínimo se trata de um tema que merece profunda discussão e reflexão. E em sendo assim entendemos inoportuna a transferência pura e simples dos ativos de iluminação aos Municípios sem uma maior discussão com a sociedade. E o fórum adequado para essa maturação é o Congresso Nacional.</p> <p>Nem se diga que a CIP seria um fator autorizador da transferência. A realidade da CIP no Brasil é muito dispare, afinal em pesquisa realizada pela CNM com 3.401 Municípios constatou-se que a grande maioria dos Municípios que possuem a contribuição são os de médio e grande porte (com mais de 20.000 habitantes).</p> <p>Já nos pequenos (com até 20.000 habitantes), esse percentual cai. É importante ressaltar que os Municípios pequenos são os que mais necessitam de tal arrecadação, já que têm uma menor receita e devem arcar com o alto custo de manutenção da rede de iluminação pública.</p> <p>Ademais, grande parte dos Municípios que cobram a CIP concedem alguma forma de isenção ou desconto para a população de baixa renda e consumidor de área rural.</p> <p>Destaca-se que a instituição da CIP é uma faculdade constitucional e não uma obrigação, logo, não pode ser entendida como pressuposto de que a iluminação pública é obrigação do Ente local.</p> <p>Assim, não há embasamento legal para o repasse desse encargo aos Municípios, pois a regra constitucional impõe a obrigação do Município prestar os serviços de interesse local, não elencando entre</p>
---	--	--

<p>constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);</p> <p>III - em até 15 (quinze) meses: relatório conclusivo do resultado das negociações, por Município, e o seu cronograma de implementação;</p> <p>IV - em até 18 (dezoito) meses: relatório de acompanhamento da transferência de ativos objeto das negociações, por Município; e</p> <p>V - em até 24 (vinte e quatro) meses, comprovação dos atos necessários à implementação da segregação de que trata o caput, com remessa à ANEEL de cópia dos instrumentos contratuais firmados com o poder público municipal e distrital.</p>		<p>eles o de iluminação pública que está afeito à segurança pública, responsabilidade dos Estados.</p> <p>Cita-se ainda que tal transferência deveria ter sido estabelecida por lei e não por Resolução Normativa uma vez que a transferência trará modificações no mundo jurídico.</p>
<p>Art. 218</p>	<p>§7º As distribuidoras devem repassar os ativos de iluminação pública em perfeitas condições de uso (AC)</p>	<p>No caso da não revogação do art. 218, é necessário que as distribuidoras sejam compelidas a repassar um sistema revitalizado.</p> <p>Grande parte das redes, repassadas às distribuidoras quando da privatização, estão usadas à exaustão, transformadas em sucatas. Efetivando-se a transferência das redes que no mínimo, os materiais tenham prazo de validade equivalente a 50% de sua utilização, pois não pode o consumidor arcar com o ônus de uma reposição maciça dos materiais.</p> <p>É inaceitável que as distribuidoras repassem aos Municípios um sistema que esteja em péssimas condições de uso.</p> <p>Na transferência dos ativos é indispensável que as distribuidoras sejam por algum mecanismo, obrigadas a repassar materiais com vida útil plena. Sugere-se uma vistoria técnica antes da transferência.</p>
<p>Art. 218</p>	<p>§8º Fica facultado ao Ente Público Município a opção por receber ou não os ativos de iluminação pública e administrar sua manutenção (AC)</p>	<p>A realidade mostra que a maioria dos Municípios, que é de pequeno porte, não possui estrutura, conhecimento técnico e capacidade para suportar</p>

		<p>tal responsabilidade e efetuar de forma eficiente a manutenção da rede de iluminação pública.</p> <p>Por esta razão é que o serviço sempre foi predominantemente realizado pelas distribuidoras que possuem equipamentos e funcionários treinados.</p> <p>Diante desta situação, o mais coerente é conceder aos Municípios a opção por receber o sistema de iluminação pública.</p>
<p>Art. 218. Nos casos onde o sistema de iluminação pública estiver registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS da distribuidora, esta deve transferir os respectivos ativos à pessoa jurídica de direito público competente no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da publicação desta Resolução.</p>	<p>Art. 218. Nos casos onde o sistema de iluminação pública estiver registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS da distribuidora, esta deve transferir os respectivos ativos à pessoa jurídica de direito público competente no prazo máximo de 60 (sessenta) meses, contados da data da publicação desta Resolução.</p>	<p>É de se ressaltar que o prazo final para a transferência dos ativos de iluminação pública para os Municípios – setembro de 2012 – é exíguo, afinal ao arcar imediatamente com essa responsabilidade, o Poder Público Municipal terá que instituir ou aumentar o valor da CIP com vistas a dar suporte ao pagamento da nova despesa.</p> <p>Tal procedimento não é viável aos Municípios, tendo em vista que em 2012 é um ano de eleições municipais.</p> <p>Há ainda que levar-se em conta que a Lei Complementar nº 101/2000, estabelece o cumprimento de um rito para a geração de despesa obrigatória de caráter continuado (arts. 16 e 17) que entre outras práticas obriga:</p> <ul style="list-style-type: none"> • apresentação da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; • declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; • apresentação das premissas e metodologia de cálculo utilizadas para realizar a estimativa do impacto; • demonstrativo de que a despesa criada não afetará as metas de resultados fiscais do Ente e que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serão compensados pelo aumento permanente da receita ou

		<p>pela redução permanente da despesa;</p> <ul style="list-style-type: none"> • assegurar que a despesa criada não será executada antes da implementação de medidas de compensação como o aumento da receita ou a diminuição da despesa. <p>Portanto, o Ente precisará prever nas suas peças de planejamento PPA (4 em 4 anos), LDO e LOA as ações e geração de receita para arcar com mais esta responsabilidade.</p>
Art. 218	§9º Entende-se por ativos de iluminação pública: (descrição da ANEEL)	É de extrema importância que a ANEEL defina e liste quais são ativos de iluminação pública de forma que os Municípios saibam especificamente o que estarão recebendo e o que deverão manter.
Art. 72. A distribuidora é obrigada a instalar equipamentos de medição nas unidades consumidoras, exceto quando o fornecimento for provisório ou destinado para iluminação pública, semáforos, iluminação de vias internas de condomínios fechados horizontais, assim como equipamentos de outra natureza instalados em via pública, sem prejuízo ao disposto no art. 22.	Art. 72. A distribuidora é obrigada a instalar equipamentos de medição nas unidades consumidoras, inclusive quando destinado para iluminação pública, semáforos, iluminação de vias internas de condomínios fechados horizontais, assim como equipamentos de outra natureza instalados em via pública, exceto quando o fornecimento for provisório.	<p>É imprescindível que as distribuidoras sejam obrigadas a instalar equipamentos de medição inclusive quando o fornecimento for destinado para iluminação pública, semáforos e equipamento de outra natureza instalados em via pública.</p> <p>A Resolução Normativa nº. 414/2010 determina no art. 22 que a instalação só deverá ser feita se houver conveniência técnica ou pedido do poder público.</p> <p>Poucos Municípios se valem deste dispositivo. Certamente a sua aplicação tornaria mais justo e real o valor cobrado pela energia, possibilitando o acompanhamento do que está sendo consumido e conseqüentemente do que está sendo pago.</p>

ANEXO 4

Carta da Frente de Defesa de Consumidores para MME e ANEEL



Ilmo. Dr. Edison Lobão
Ministro de Minas e Energia
Esplanada dos Ministérios Bloco "U"
Brasília/DF - CEP 70.065-900

Ilmo. Dr. Nelson Hubner
Diretor Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL
SGAN - Quadra 603 - Módulo J - Anexo
Brasília - DF CEP:70.830-030

Cópia Para:

Ilmo. Deputado Federal Domingos Neto
Presidente da Comissão de Desenvolvimento Urbano - CDU
Câmara dos Deputados - Anexo II - Ala C - Sala 188
Brasília - DF - CEP 70.160-900

Ilmo. Dr. Paulo Ziulkoski
Presidente Confederação Nacional dos Municípios - CNM
SCRS 505, Bloco C Lote 01 - 3º andar
CEP 70.350-530 - Brasília/DF

Frente Nacional dos Prefeitos - FNP
SRTVS, Quadra 701, Bloco H, Lote 10, Ed. Record, Sala 603.
CEP 70.340-910 - Brasília - DF - Brasil

Associação Brasileira de Municípios - ABM
SAS Quadra 5 - Lote 05-A - Bloco F - DF
CEP: 700070-910

Associação Mineira de Municípios - AMM
Av. Raja Gabaglia, 385
Belo Horizonte - MG - CEP 30.380-103

Associação dos Municípios do Paraná - AMP
Endereço: Praça Osório, 400 4º andar, sala 401
Curitiba - PR - CEP 80.020-917

Associação Paulista de Municípios
Rua Major Sertório, 128 - 9º Andar
São Paulo - SP - CEP 01.222-000

Assunto: Transfêrência dos serviços de manutenção de Iluminação Pública

As entidades signatárias, reunidas na Frente de Defesa dos Consumidores de Energia Elétrica, vêm por este ofício manifestar preocupação quanto ao tratamento que a ANEEL está conferindo ao tema da iluminação pública, com implicações, a nosso ver ilegais, quanto à transferência para os Municípios de ativos vinculados às concessões da União Federal, que têm por objeto o serviço público de distribuição de energia elétrica.

Nossa preocupação diz respeito tanto à falta de atribuições de ANEEL para dispor de bens públicos de titularidade da União, quanto ao fato de que o caminho escolhido pela agência, ainda que legal, poderá trazer como consequência significativos aumentos de custo, que terminarão por ser suportados pelos contribuintes dos municípios.

Antes de entrar nas peculiaridades da questão para cada Município, para real dimensionamento do impacto das medidas que a ANEEL pretende adotar, deveria ser feito o questionamento e o correspondente cálculo: **Haverá aumento de custos? De quanto?**

Nessa direção, passamos a apresentar uma proposta de metodologia para apuração da diferença entre a situação atual e a que poderá vir a se instalar:

Gasto atual mensal com manutenção: Carga instalada de iluminação pública com todos os pontos de luz, suas respectivas potências e mais os consumos dos equipamentos auxiliares, multiplicado pela diferença entre as tarifas denominadas pela ANEEL de B4b menos B4a. Para cálculo do valor mensal, a carga instalada deve ser multiplicada por 11h e 52min (horas estimadas por dia) e ainda multiplicado por 30 dias. O resultado deste cálculo é o gasto mensal de operação e manutenção junto a Concessionária de Distribuição.

Gasto Futuro mensal com manutenção: pontos de iluminação pública multiplicado pelo valor cobrado por ponto pela empresa a ser contratada pela Prefeitura em processo de licitação para efetuar os serviços de operação e manutenção.

ap
EL

Atualmente, os gastos com o fornecimento de energia representam 90% e os gastos com manutenção 10%. Sempre lembrando que a realidade de cada Município pode variar, alertamos que **os gastos mensais com manutenção de Iluminação Pública poderão sofrer acréscimo de até 527% e o gasto no total (fornecimento + manutenção) sofrer acréscimo de 47%.**

As conclusões acima são resultado dos estudos apresentados pela CPFL¹ na Audiência Pública nº 49/11, que considerou o custo de manutenção terceirizada de R\$ 8,00 por ponto-mês.

Vimos, desta forma, alertar que somos totalmente contrários que este aumento, caso confirmado para cada Município, seja repassado aos contribuintes via COSIP (Contribuição para Custeio da Iluminação Pública) pelos motivos que iremos expor a seguir.

O eixo da discussão conduzido pela ANEEL quanto à necessidade de transferência os ativos de Iluminação Pública das Distribuidoras para os Municípios, por imposição legal (constitucional), induz a diversos equívocos.

De início, é importante lembrar que sempre foram os Municípios que custearam qualquer obra de implantação ou extensão de iluminação pública, não se limitando a braços de iluminação, luminárias e acessórios, mas também a postes, fios e transformadores, naquelas situações de inexistência de consumidores a serem atendidos no momento de implantação da extensão de rede de energia. Na prática, o Município custeou não apenas a iluminação pública, mas parcialmente também os serviços de indiscutível competência das distribuidoras na ligação futura de novos consumidores em rede de energia elétrica quando instalada inicialmente para fins de iluminação pública.

Há necessidade de se reconhecer que postes, fios e transformadores, em muitas cidades, compartilham serviços de distribuição de energia e serviços de iluminação pública, sem que isto implique na modificação do fato de que estes equipamentos estão vinculados às concessões do serviço de distribuição e

¹ http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/apresentacao/cpfl_ap_049_2011_sp.zip



que, portanto, constituem-se como bens públicos, nos termos do art. 99, inc. II, do Código Civil e de titularidade da União.

Sendo assim, a pretendida transferência de ativos exclusivos de iluminação pública, além de ser questionável pelo exame da legalidade, não irá mudar o fato de que o compartilhamento de ativos entre os Municípios e distribuidoras de energia elétrica permanecerá.

Isto porque as distribuidoras permanecerão a utilizar os equipamentos compartilhados, pois são essenciais para a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica não só para a iluminação pública, mas também para os consumidores individuais.

Assim, a transferência parcial de ativos das concessões de distribuição de energia elétrica para os municípios se mostra desvirtuada, pois de fato os municípios já compartilham desses equipamentos, na medida em que os mesmos postes, transformadores etc, são essenciais tanto para a prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, quanto para a iluminação pública.

É importante se destacar que com a transferência dos ativos para o Município, a ANEEL expressamente continua a permitir que o serviço seja prestado pela Distribuidora, como se pode constatar no artigo 21 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414/2010:

Art. 21. A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização.

Parágrafo único. A distribuidora pode prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

Note-se, ademais, que a nova orientação pretendida pela ANEEL está dificultando ou eliminando a possibilidade de as distribuidoras prestarem os



serviços de manutenção dos equipamentos compartilhados entre as atividades da concessão e a iluminação pública, como se pode identificar abaixo:

- Entendimento que somente os ativos de iluminação exclusivos fazem parte do sistema de iluminação pública (Nota Técnica nº 021/2011-SRC/ANEEL), enquanto que podem existir postes, fios e transformadores, com função compartilhada com o serviço público federal de distribuição de energia e que também, de fato, compõe o sistema de iluminação pública municipal.
- Que a tarifa B4b será utilizada e que existirá somente até que os ativos de iluminação pública sejam transferidos (Art. 219 da Resolução nº 414/2010).

As definições atuais “forçadas” da ANEEL, são assim expressas:

Tarifa B4a: As tarifas são denominadas de B4a, quando os ativos pertencerem ao Poder Público Municipal.

Tarifa B4b: As tarifas são denominadas de B4b quando os ativos pertencerem à distribuidora.

Deveriam, sem perda do sentido, serem substituídas pelas seguintes expressões:

Tarifa B4a: As tarifas são denominadas de B4a, quando a Operação e a Manutenção das instalações de iluminação pública não é efetuada pela distribuidora.

Tarifa B4b: As tarifas são denominadas de B4b, quando a Operação e a Manutenção das instalações de iluminação pública é efetuada pela distribuidora.

Vale destacar, especialmente, que da forma como a ANEEL vem encaminhando as alterações relativas aos ativos relacionados à iluminação pública, a agência poderá deixar de atuar no que toca a fiscalização e regulamentação deste segmento da prestação de serviço de distribuição de energia elétrica.



São Paulo, 07 de maio de 2012



Paulo Arthur Lencioni Góes
FUNDAÇÃO PROCON SÃO PAULO



Maria Inês Dolci

PROTESTE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DEFESA DO CONSUMIDOR



Lisa Gunn

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC



Murilo Celso de Campo Pinheiro
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS ENGENHEIROS - FNE

ANEXO 5

Parecer Jurídico nº 0143/2012-PF/ANEEL



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

Em 14 de março de 2012.

PARECER N.º 0143/2012/PGE-ANEEL/PGF/AGU

Referência: Processo n.º 48500.005482/2010-60

Interessados: Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica - APINE.

Assunto: Montante de Reposição.

Ementa: A Resolução nº 421/2010 contraria as regras de cálculo do montante de reposição constantes do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.521/2011. Necessidade de revisão da Resolução nº 421/2010, adequando-a ao texto do regulamento. A ANEEL deve realizar Audiência Pública sempre que o processo decisório implique efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores. A alteração da regra de cálculo do montante de reposição, constante da Resolução nº 421/2010, afeta o direito dos agentes econômicos e, portanto, deve passar por Audiência Pública.

Trata-se de parecer em que se analisa o disposto no Memorando nº 39/2012-DR/ANEEL.

I - DOS FATOS

2. O Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.317/2010, dispunha que os agentes de distribuição poderiam contratar nos leilões de energia existente

(Fls. 2 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

a energia correspondente ao seu montante de reposição. O regulamento ainda se preocupava em definir o que se deveria entender por montante de reposição. Este seria a quantidade de energia decorrente do vencimento dos contratos de compra de energia no ano A-1 e no ano A e a redução, com previsão contratual, da quantidade contratada nos mesmos anos A-1 e A. O Decreto ainda advertia que as reduções permanentes de montantes contratados, nos termos do art. 29, e o vencimento de contratos celebrados por meio de leilões de ajuste, referidos no art. 26, não deveriam integrar o montante de reposição. Veja-se a redação do dispositivo do regulamento que tratava do tema:

"Art. 24. A partir de 2009, nos leilões de energia proveniente de empreendimentos existentes, cada agente de distribuição poderá contratar energia elétrica correspondente ao seu montante de reposição.

§ 1º Para os fins deste Decreto, entende-se por montante de reposição a quantidade de energia elétrica decorrente:

I - do vencimento de contratos de compra de energia elétrica dos agentes de distribuição no ano "A-1" e no ano "A"; e

II - da redução, com previsão contratual, da quantidade contratada pelos agentes de distribuição no ano "A-1" e no ano "A".

§ 2º Não integram o montante de reposição, as reduções permanentes de montantes contratados, conforme dispõe o art. 29, e o vencimento de contratos celebrados por meio de leilões de ajuste referidos no art. 26."

3. O Decreto nº 5.163/2004, ainda com a redação dada pelo Decreto nº 7.317/2010, explicitou que o montante de reposição deveria ser o menor valor entre o calculado, nos termos do art. 24, e a necessidade de compra declarada pelo agente de distribuição:

"§ 6º Para fins de aplicação do disposto no art. 40, o montante de reposição será o menor valor entre o calculado, nos termos deste artigo, e a necessidade de compra declarada pelo agente de distribuição no leilão "A-1"." (NR)"

4. Diante das determinações contidas no regulamento aludido, e sentindo a necessidade de regular o tema, a ANEEL, após a realização de Audiência Pública, publicou a Resolução nº 421/2010, na qual estabeleceu os critérios para o cálculo do Montante de Reposição e contratações adicionais dos agentes de distribuição no Sistema Interligado Nacional – SIN. Na norma em comento, a Agência, entre outras determinações, e tendo por lúme o §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.317/2010, dispôs que o montante de reposição será o menor valor entre o calculado pela ANEEL e o declarado pelo agente de distribuição no leilão A-1:

"Art. 3º - O montante de reposição, expresso em MW médio, será composto pelas seguintes parcelas:

I – contratos encerrados ou reduzidos no ano A-1 (...)

II – contratos encerrados ou reduzidos no ano A (...)

Parágrafo único - O montante de reposição será o menor valor entre o calculado pela ANEEL e o declarado pelo agente de distribuição no leilão "A-1."

5. No ano seguinte, contudo, novo Decreto foi publicado tratando do tema em pauta. O Decreto nº 7.521/2011 alterou mais uma vez a redação do Decreto nº 5.163/2004 e operou mudanças no conceito de montante de reposição. Entre outras alterações, o novo

regulamento suprimiu a possibilidade de considerar, no montante de reposição, o vencimento de contratos de compra de energia no ano A e a redução, com previsão contratual, da quantidade contratada no mesmo ano A. Apenas os referidos montantes apurados no ano A-1 poderiam ser considerados para este fim. Outra modificação significativa, e que importa para a solução das dúvidas constantes do Memorando nº 39/2012-DR/ANEEL, é a supressão do §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004, com a antiga redação dada pelo Decreto nº 7.317/2010. Assim, o montante de reposição deixa de ser o menor valor entre o calculado segundo o art. 24 e aquele declarado pelo agente de distribuição no leilão A-1. Nas linhas, seguintes, é possível observar a nova redação do dispositivo do regulamento:

“Art. 24. A partir de 2009, nos leilões de energia proveniente de empreendimentos existentes, cada agente de distribuição poderá contratar energia elétrica correspondente ao seu montante de reposição.

§ 1º Para os fins deste Decreto, entende-se por montante de reposição a quantidade de energia elétrica decorrente: (Redação dada pelo Decreto nº 7.317, de 2010)

I - do vencimento de contratos de compra de energia elétrica dos agentes de distribuição no ano “A-1”; e (Redação dada pelo Decreto nº 7.521, de 2011).

II - da redução, com previsão contratual, da quantidade contratada pelos agentes de distribuição no ano “A-1”. (Redação dada pelo Decreto nº 7.521, de 2011).

§ 2º Não integram o montante de reposição as reduções referidas no art. 29 e o vencimento de contratos celebrados por meio de leilões de ajuste referidos no art. 26. (Redação dada pelo Decreto nº 7.521, de 2011).

§ 3º O agente de distribuição poderá, havendo oferta nos leilões, contratar: (Redação dada pelo Decreto nº 7.317, de 2010)

(...)

~~§ 6º Para fins de aplicação do disposto no art. 40, o montante de reposição será o menor valor entre o calculado, nos termos deste artigo, e a necessidade de compra declarada pelo agente de distribuição no leilão “A-1”. (Incluído pelo Decreto nº 7.317, de 2010) (Revogado pelo Decreto nº 7.521, de 2011).~~

6. As alterações referidas, naturalmente, repercutiram na regulação produzida pela ANEEL e a Agência sentiu a necessidade de alterar a Resolução nº 421/2010, para compatibilizá-la com o novo tratamento dado ao tema pelo Decreto nº 7.521/2011. Assim, foi publicada a Resolução nº 450/2011, a qual não foi precedida de Audiência Pública. A Resolução nº 450/2011 operou algumas modificações no texto da Resolução nº 421/2010. Entre tais modificações, todavia, não estava a supressão da determinação de que o montante de reposição seria o menor valor entre o calculado pela ANEEL e o declarado pelo agente de distribuição no leilão A-1. O referido texto persistiu na redação dada pela Resolução nº 450/2011, tendo apenas migrado do Parágrafo único do art. 3º para o §1º do art. 3º, como se percebe da redação do dispositivo abaixo:

“Art. 3º O montante de reposição, expresso em MW médio, será composto pelo montante anual dos contratos encerrados ou reduzidos no ano “A-1”, multiplicado pelo número de dias do ano “A-1” decorridos até a data de encerramento ou redução do contrato, dividido pelo número de dias do ano;

§ 1º O montante de reposição será o menor valor entre o calculado pela ANEEL e o declarado pelo agente de distribuição no leilão “A-1.”

(Fls. 4 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

*§ 2º No cálculo dos montantes de reposição a ser realizado em 2011, não deverão ser considerados os montantes já contratados referentes aos contratos extintos ou reduzidos no ano de 2011.”
(Redação dada pela Resolução Normativa 450 de 27.09.2011).*

7. A Associação Brasileira dos Produtores Independentes de Energia Elétrica – APINE, tomando conhecimento da publicação da Resolução nº 450/2011, enviou à ANEEL Carta PRE 221/11 (fls. 184-185), na qual contesta a decisão da ANEEL de manter a referida determinação. No entendimento da associação, o Decreto nº 7.521/2011 revogou o §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.317/2004. Diante disso, a ANEEL não poderia ter mantido o dispositivo da Resolução nº 421/2010 que se baseava na redação revogada do Decreto nº 5.163/2004. Em outras palavras, não poderia a ANEEL ter mantido a determinação de que o montante de reposição deveria ser o menor valor entre o calculado pela ANEEL e o declarado pelo agente de distribuição no Leilão A-1. Veja-se a seguir trecho da Carta da APINE enviada à ANEEL:

“(…) o Decreto 7.521/2011 revogou o §6º do art. 24 do Decreto 5163/2004, que havia sido introduzido pelo Decreto 7.317/2010. Desta forma, a nova definição de montante de reposição passa a ser apenas a quantidade de energia decorrente do vencimento de contratos de compra de energia elétrica dos agentes de distribuição no ano A-1.

Assim, é imperativo que se faça a retificação da nova norma, de modo a adequar a definição do montante de reposição ao previsto no Decreto 7521/2011, qual seja, montante de reposição é somente a quantidade de energia decorrente do vencimento (ou redução) de contratos de compra de energia elétrica dos agentes de distribuição no ano A-1. Para tanto, entendemos como medida suficiente a supressão do novo §1º do art. 3º incluído pelo artigo 1º da Resolução Normativa nº 450/2011”

8. Diante do pedido da APINE, o processo foi distribuído para um Diretor Relator, para análise e julgamento. O Diretor Relator, então, buscando subsídio jurídico para decidir a questão, enviou à Procuradoria o Memorando nº 39/2012-DR/ANEEL, no qual faz os seguintes questionamentos sobre o tema:

- a) Se há suposta nulidade no procedimento adotado pela ANEEL que justificasse a revisão, de ofício, de seu ato regulamentar;
- b) Se a ANEEL é competente para tratar do montante de reposição, dentro da sua competência regulatória residual, considerando o teor dos Decretos nº 5.163/2004 e 7.521/2011; e
- c) Se há necessidade da ANEEL realizar Audiência Pública, na eventual necessidade de se alterar as Resoluções Normativas nºs 421, de 2010 e 450, de 2011.

9. São esses os questionamentos postos, aos quais buscaremos responder a contento nos tópicos seguintes.

II – DA ANÁLISE

(Fls. 5 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

II.1 – Revogação do §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004

10. Do que se colhe das informações contidas no tópico anterior, houve uma revogação de um dispositivo de um regulamento por um regulamento posterior. O Decreto nº 7.521/2011 revogou o §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.317/2010.

11. Antes da revogação aludida, o montante de reposição deveria refletir o menor valor entre o calculado com base nas regras constantes do referido art. 24 e a necessidade de compra declarada pelo agente de distribuição no Leilão A-1. Depois da revogação, o montante de reposição deixou de ser calculado de acordo com a regra acima.

12. Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4657/1942, uma lei permanece em vigor até que outra a modifique ou revogue. A revogação, por seu turno, se dá quando a lei posterior expressamente declare a revogação ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961)

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

13. No caso em foco, o Decreto posterior, Decreto nº 7.521/2011, declara expressamente a revogação do §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004, como se percebe do texto do seu art. 3º, a seguir reproduzido.

“Art. 3º Ficam revogados o § 6º do art. 24 e a alínea “c” do inciso II do caput do art. 36 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.”

14. Cumpre desvendar, contudo, se a ANEEL poderia, apesar da referida revogação, manter em suas resoluções normativas a antiga determinação sobre a forma de cálculo do montante de reposição. É o que buscaremos definir nos subtópicos seguintes.

II.2 – Pirâmide normativa.

15. Quem imagina que as diferentes categorias de normas jurídicas se validam cada uma por si, isoladas em impenetráveis redomas insulares, incorre em erro. Na realidade, as normas interagem com grande frequência, estabelecendo em inúmeras ocasiões relações de dependência, extraindo umas das outras a sua validade, a razão mesma de existirem.

16. Foi Hans Kelsen o estudioso do Direito que percebeu a forma como se dá esse entrelaçamento normativo, traduzindo-o didaticamente através de uma alegoria: a pirâmide. Ensina o autor que cada norma detém o seu valor, caráter que as tornam mais ou menos importantes na estrutura do ordenamento jurídico. São estes valores que lhes vão escalonar em uma pirâmide, formando um todo coeso e harmônico. Entretanto, é de

(Fls. 6 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

salientar que a harmonia perfeita que caracteriza o sistema não se explica por si, mas pela regra segundo a qual cada norma busca seu fundamento de validade nas que se posicionam acima dela na pirâmide, de sorte que todas terminam por se submeter à norma fundamental, pedra angular do sistema.

17. No caso em foco, o problema consiste em estabelecer se os Decretos se situam na pirâmide acima ou abaixo dos atos normativos editados pela ANEEL.

II.3 – Poder Normativo das Agências Reguladoras

18. A ANEEL, como Agência Reguladora, caracteriza-se pela autonomia, especialização técnica, e atribuição reguladora que a lei de sua instituição lhe conferiu no âmbito do ordenamento setorial.¹ A regulação produzida pela Agência, portanto, é um reflexo do seu poder normativo, o qual, naturalmente, deve ser exercido dentro de uma delimitação legal que fixa os contornos de sua atuação.²

19. A doutrina nacional sugere que o poder regulamentar das Agências pode resultar de: a) uma legitimação da própria função que ela exerce, inerente ao próprio poder regulador a elas conferido; b) um fenômeno chamado deslegalização ou deslegificação, figura que é uma espécie do gênero “delegação legislativa”, originário do direito francês, ou c) discricionariedade administrativa conferida aos agentes públicos, que por sua vez, é fruto de uma delegação normativa imprópria ou de cunho secundário³.

20. Evidencia-se que existe uma corrente de doutrinadores questionando o poder regulamentar conferido às Agências Reguladoras, aduzindo, para tanto, que toda esta competência regulamentar resulta de uma exacerbação dos poderes dos Entes Autárquicos. Nesta linha, é comum que se alegue a violação ao artigo 84, inciso IV, da CF/88.

21. A objeção ao poder regulamentar delegado às Agências Reguladoras reside, portanto, no argumento de que a competência para dispor sobre a regulamentação de leis é privativa do Chefe do Executivo. Esta questão é bem elucidada pelo doutrinador Alexandre Santos de Aragão quando obtempera que a reserva feita pela Constituição não é absoluta:

"Tal como o art. 84, IV, da nossa Constituição, este é o único dispositivo da Constituição Italiana a respeito da competência para expedir regulamentos. Ambos os dispositivos devem ser entendidos como fixadores da competência do Chefe do Executivo para editar regulamentos, e, de fato, tal competência

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril e maio, 2002, p. 28.

² "Igualmente, não ocorre a renúncia ao poder normativo por parte do Poder Legislativo, pelo contrário, este define o marco e as condições e limites do poder normativo das agências, que não é ilimitado e incondicionado, podendo agir tão somente no âmbito de atuação outorgado pela lei." (MASTROBUONO, Cristina M Wagner. **Agências Reguladoras e Agências Executivas**. Revista Advocacia Pública, n.º 13- Março /2001, ps.13/14).

³ Marçal Justen Filho defende esta idéia em seu **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

(Fls. 7 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

sempre existirá se a lei não dispuser em contrário. **Noutras palavras, tal competência é, em princípio, do Chefe do Poder Executivo, mas não é exclusiva, podendo o Legislador conferi-las a outras autoridades públicas ou a entes descentralizados.**"⁴ (grifos acrescentados).

22. Verifica-se, portanto, que é cabível à ANEEL dentro dos limites conferidos pela lei, regulamentar a prestação do serviço público de energia elétrica, sem que isso fira o princípio da legalidade, ou exorbite os limites de sua competência.

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 delimitamento 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)⁵ como *"metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas 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 à consecução das pautas de políticas públicas, naturalmente que devem estar alinhadas a essas últimas, não se admitindo que *"o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas"*.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ob. cit. , p. 51.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: Fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 86.

(Fls. 8 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

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. No caso em foco, o Decreto nº 7.521/2011 determina como deve ser calculado o montante de reposição. Ao fazê-lo, revoga expressamente o §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004. Note-se que o Decreto nº 7.521/2011 quis afastar do cálculo do montante de reposição a regra referida. Se é assim, a entidade reguladora do setor não pode manter em suas resoluções dispositivo alinhado ao texto revogado do Decreto nº 5.163/2004. Não se trata de regular aspectos técnicos diante de uma omissão no regulamento. Não há omissão do regulamento, pois o Decreto nº 7.521/2011 estabeleceu a nova disciplina da matéria e rejeitou a regra constante do §6º do art. 24 do Decreto nº 5.163/2004.

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.

II.6 – Necessidade de Audiência Pública

33. A nova legitimação das agências, ao não derivar da democracia política, poderia ser encontrada na chamada democracia procedimental. O procedimento, ao garantir o contraditório, a transparência, as formas de controle e a participação de todos os interesses envolvidos, ofereceria a alternativa para a legitimação das agências. A busca de nova fonte de legitimidade para a ação administrativa, que é encontrada na realização de

(Fls. 9 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

procedimentos, tem o efeito de aproximar os cidadãos do centro decisório (MONCADA, 2002, p. 22)⁶.

34. A propósito, Carbonell Porrás e Muga Munõs (1996)⁷ registra que o *Administrative Procedure Act* - APA prevê modalidades de procedimentos regulatórios em que os interessados na edição da norma têm participação ativa na sua elaboração. Esses procedimentos, que são denominados de *notice-and-comment rulemaking*, proporcionam que o regulamento aprovado reflita as opiniões trazidas pelos interessados e futuros afetados pela norma.

35. Da agência, para garantir-se a efetividade do procedimento, exige-se a análise de todas as manifestações recebidas da comunidade e a indicação dos motivos pelas quais elas são ou não aceitas. La Spina e Majone (2000)⁸ fazem referência à legitimidade substancial das agências, que consistiria na coerência e racionalidade das normas regulatórias e a capacidade de resolver os problemas dos setores regulados.

36. De outro lado, a maneira mais eficaz e simples para melhorar a transparência e sindicabilidade dos atos das agências é exigir a motivação de suas decisões e opções regulatórias. La Spina e Majone (2000) defendem a adoção, no âmbito europeu, de um Código de Procedimento Administrativo, a exemplo do *Administrative Procedure Act* - APA norte-americano, como forma de racionalizar e uniformizar os processos decisórios e normativos das diversas agências reguladoras, o que, inclusive, facilitaria o exercício do controle judicial. Em conclusão, La Spina e Majone (2000) defendem que, como forma de salvaguardar a sua compatibilidade com as características dos regimes políticos democráticos, as autoridades independentes devem estar submetidas a formas de responsabilidade múltiplas e convergentes, de forma que casos de violações legais ou de inadequada satisfação de suas finalidades sejam adequadamente identificados e sancionados.

37. No Brasil, ainda não existem mecanismos eficazes de controle da atividade normativa das agências. No entanto, as leis de criação das agências reguladoras já preveem a necessidade de realização de audiências e consultas públicas previamente à edição de normas. Nesse sentido, podem ser citados, como exemplo, o artigo 4º, parágrafo 3º, da Lei n. 9.427/1996, o artigo 42 da Lei n. 9.472/1997, e o artigo 19 da Lei n. 9.478/1997, que exigem a realização de audiência ou consulta pública em momento prévio à edição da norma regulatória a ser expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL e Agência Nacional do Petróleo - ANP, respectivamente. Veja-se o teor do artigo 4º da Lei nº. 9.427/96:

⁶ MONCADA, Luís Solano Cabral de. "Lei e regulamento". Coimbra: Coimbra, 2002.

⁷ CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUGA MUNÕS, José Luis. "Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América". Madrid: Marcial Pons, 1996.

⁸ LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. "Lo Stato regolatore". Bologna: Il Mulino, 2000.

(Fls. 10 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

“Art. 4º - A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

§ 1º O decreto de constituição da ANEEL indicará qual dos diretores da autarquia terá a incumbência de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários.

(...)

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”

38. Por seu turno, o artigo 15 da Resolução Normativa nº 273, de 2007, prevê o que se segue:

“Art. 15. A Audiência Pública, realizada para dar subsídios ao processo decisório que implique efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, terá seu processo instaurado pelo Diretor-Geral, após deliberação da Diretoria da Agência.

§ 1º Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos abrangidos pelo caput deste artigo.”

39. Assim, nos termos dos diplomas normativos referidos, quando houver efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, a realização de audiência pública é medida que se impõe.

40. No caso em foco, a alteração da Resolução nº 421/2010, com o fim de afastar o seu §1º do art. 3º, tem o condão de modificar o montante de reposição. Se é assim, há a possibilidade de afetação dos direitos econômicos dos agentes, o que aponta para a necessidade de realização de audiência pública.

III – RESPOSTA ÀS PERGUNTAS

a) Se há suposta nulidade no procedimento adotado pela ANEEL que justificasse a revisão, de ofício, de seu ato regulamentar

→ Sim, a Resolução da ANEEL contraria as regras de cálculo do montante de reposição constantes do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.521/2011. Diante disso, a Procuradoria opina pela revisão da Resolução nº 421/2010, adequando-a ao texto do regulamento.

(Fls. 11 do Parecer nº 0143/2012-PGE/ANEEL/PGF/AGU).

b) Se a ANEEL é competente para tratar do montante de reposição, dentro da sua competência regulatória residual, considerando o teor dos Decretos nº 5.163/2004 e 7.521/2011

→ Sim, a ANEEL possui competência para regular o setor, mas seu poder normativo deve estar em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal, o que não se observa no caso em foco.

c) Se há necessidade da ANEEL realizar Audiência Pública, na eventual necessidade de se alterar as Resoluções Normativas nºs 421, de 2010 e 450, de 2011.

→ Sim, a ANEEL deve realizar Audiência Pública sempre que o processo decisório implique efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores. A alteração da regra de cálculo do montante de reposição, constante da Resolução nº 421/2010, afeta o direito dos agentes econômicos e, portanto, deve passar por Audiência Pública.

IV – DA CONCLUSÃO

41. Pelo exposto, conclui-se que a Resolução nº 421/2010 contraria as regras de cálculo do montante de reposição constantes do Decreto nº 5.163/2004, com a redação dada pelo Decreto nº 7.521/2011. Diante disso, a Procuradoria opina pela revisão da Resolução nº 421/2010, adequando-a ao texto do regulamento, após a realização de Audiência Pública.

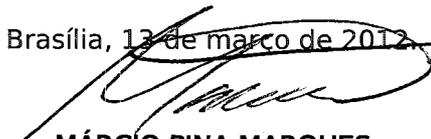
É o parecer, que submeto à consideração do Senhor Procurador-Geral para, se aprovado, posterior encaminhamento ao Diretor-Relator Romeu Donizete Rufino.

Brasília, 13 de março de 2012.


KARINE LYRA CORRÊA
Procuradora Federal
Mat. SIAPE nº 1480005

Aprovo o Parecer n.º 0143/2012-PF/ANEEL. Encaminhe-se ao Diretor-Relator Romeu Donizete Rufino.

Brasília, 13 de março de 2012.


MÁRCIO PINA MARQUES
Procurador-Geral

ANEXO 6

Nota Técnica da ABRADEE



ABRADEE

NOTA TÉCNICA DA ABRADDEE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA

Sobre o art. 180 da Minuta de Resolução que trata das transferências dos ativos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA das concessionárias para as Prefeituras Municipais e objeto da Consulta Pública nº 02/2009 (Obter subsídios e informações para o aprimoramento das Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, em complemento ao processo de Audiência Pública nº 008/2008).

Dentre os ativos da concessionária estão os chamados “ativos de Iluminação Pública” onde se abrigam, nas chamadas “Obrigações Especiais”, os valores aportados por terceiros para a sua constituição.

Obrigações especiais são “recursos relativos à participação do consumidor, das dotações orçamentárias da União, verbas federais, estaduais e municipais e de créditos especiais vinculados aos investimentos aplicados nos empreendimentos vinculados à concessão” (cf. Nota Técnica nº 178/2003 - SFF/SRE/ANEEL).

I - Obrigações especiais

Previstas como “auxílios para construções” no Decreto nº 28.545/50, que trata da classificação de contas para empresas de energia elétrica, eram as Obrigações Especiais contabilizadas no passivo da sociedade, com a observância aos seguintes critérios:

“53 – Auxílios para construções; 53.0 – Adiantamentos (...); 53.1 - Contribuições. Essa conta registrará as doações ou contribuições em dinheiro, serviços ou propriedades, feitos pelo Estado, município ou outros departamentos governamentais, pelos consumidores e outros, para fins de construções. Em se tratando de doações recebidas dos poderes públicos, consumidores ou outros não sujeitos a reembolso futuro, no todo ou em parte. Ainda, na conta 53.2 – Doações, deverão estar registradas



ABRADEE

as doações recebidas dos poderes públicos, ou dos particulares, desde que tenham sido despendidas na execução de obras ou serviços projetados, sendo os débitos respectivos escriturados à conta 53.1 – Contribuições.”

Portanto, esta é a disciplina para a possibilidade excepcional de participação de interessados como as Prefeituras Municipais, nos investimentos relacionados ao seu atendimento, isto é, nos custos da extensão de rede necessária a sua interligação ao sistema de distribuição de energia elétrica, conforme admitido no Decreto nº 41.019/57 e suas modificações posteriores.

Destarte, decorrem as Obrigações Especiais da possibilidade de participação de terceiros (consumidores e/ou Estado) no custeio dos investimentos necessários ao atendimento daqueles usuários que não se enquadrem no grupo de atendimento compulsório pelo concessionário. Assim estava previsto no Plano de Contas do Serviço Público de Energia Elétrica, instituído pelo Decreto nº 82.962/78, e no Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, aprovado pela Resolução ANEEL nº 444/01, que alterou significativamente seu procedimento de registro, mas preservou o mandamento de que o concessionário deverá informar que as obrigações especiais são vinculadas à concessão do serviço público de energia elétrica, pois não são condicionadas à realização financeira direta ou a qualquer retorno às fontes que aportaram recursos, e que são exclusivamente destinados a obras de expansão e melhoramento dos bens e instalações necessárias à exploração da concessão.

Mais, ainda, deverá informar que o prazo de vencimento das obrigações é estabelecido pelo Órgão Regulador e que ocorrerá ao final do período de concessão ou permissão, mediante redução do valor residual do ativo imobilizado para fins de determinação do valor da indenização que o Poder Concedente pagará à concessionária. Não estão, portanto, as obrigações especiais, “vinculadas à realização financeira direta ou a qualquer retorno às fontes que aportaram recursos”, tendo reflexo apenas no montante a ser



ABRADEE

indenizado pelo Estado ao concessionário, em caso de reversão dos investimentos realizados.

II – A IRREVERSIBILIDADE PATRIMONIAL

Como apontado, as obrigações especiais são recursos relativos à participação financeira do consumidor, dotações orçamentárias da União, verbas federais, estaduais e municipais, valores aplicados em programas de eficiência energética, immobilizações constituídas com recursos do programa de pesquisa e desenvolvimento e de créditos especiais vinculados aos investimentos aplicados nos empreendimentos vinculados à concessão, cujos saldos compõem a base de remuneração, para fins de revisão tarifária, como redutoras do ativo imobilizado em serviço.

Portanto, se somente os saldos são remunerados, parece que não fazem parte do ATIVO da concessionária. Pertence ou à concessão ou ao consumidor. Quando há a transferência do consumidor para a concessionária, é decorrente de um pedido de ligação de energia elétrica, mediante a extensão, modificação ou melhoramento da rede distribuição. Assim, quando um consumidor solicita à concessionária ligação de energia elétrica e é necessária a extensão, modificação ou melhoramento na rede de distribuição, este paga parte do valor do investimento a título de Participação Financeira do Consumidor.

Também estão sujeitos à mesma contribuição as prefeituras municipais quando ocorre a extensão, modificação ou melhoramento na rede de iluminação pública. Via de regra, a concessionária informa aos interessados que, para executar as obras, será necessária sua "participação financeira" a título de "Obrigações Especiais/Participação Financeira do Consumidor". No caso do interessado contratar uma empreiteira cadastrada e habilitada pela concessionária para executar a rede de distribuição, as instalações elétricas, após concluídas, passarão a integrar o sistema elétrico da concessionária, quando, então, procederá a ligação da unidade à rede de energia elétrica.



ABRADEE

A matéria está disciplinada no art. 143 do Regulamento de Serviços de Energia Elétrica (Decreto Nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957) que preceitua que "*as obras construídas com a participação financeira dos consumidores (arts. 140 e 142) serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário quando concluídas, creditando-se a contas especiais as importâncias relativas às participações dos consumidores, conforme legislação em vigor*". Os artigos 140 e 142 referidos no dispositivo acima dispõem que: "*art. 140 – O atendimento de novas ligações, acréscimos ou decréscimos de carga (art. 138) fica condicionado, quando for o caso, da participação financeira do consumidor*". "*Art. 142 – São de responsabilidade do consumidor o custeio das obras realizadas a seu pedido e relativas a: I – extensão de linha exclusiva ou de reserva; II – melhoria de qualidade ou continuidade do fornecimento em níveis superiores ao fixados pelo Departamento Nacional de Águas; III – melhoria de aspectos estéticos; IV – outras que lhe sejam atribuídas, de conformidade com as disposições regulamentares vigentes*". Já o art. 138 do Regulamento de Serviços de Energia Elétrica preceitua que: "*Art. 138 – Os encargos de responsabilidade do concessionário e do consumidor, decorrentes do atendimento de novas ligações, acréscimos ou decréscimos de carga, dependentes ou não de obras no sistema elétrico, serão definidos em ato do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE*".

Portanto, os contratos celebrados entre concessionário e consumidor, para fins de "incorporação aos bens e instalações do concessionário" se dão pela modalidade de doação modal, cujo encargo da concessionária- donatária é a disponibilização de energia elétrica ao consumidor - doador, o que não impede o pagamento pela utilização da energia elétrica. O conceito de doação modal é preciso nas palavras de Orlando Gomes, para quem "*na doação modal, o doador impõe ao donatário encargos ou obrigações. O donatário submodo pode ser compelido a cumprir o encargo imposto pelo doador, mas o inadimplemento da obrigação não é causa de resolução do contrato, a menos que tenham-na expressamente estipulado. O modo, por outro lado, não*



ABRADEE

suspende a aquisição do direito do donatário, como a doação condicional" (Contratos 1994:216–atualização de Humberto Teodoro Júnior).

Aliás, o próprio contrato de concessão, celebrado entre a União e a concessionária distribuidora prevê a obrigação de realizar obras para fornecimento de energia. Até o ponto de entrega é da concessionária e é facultado àquela transferir os custos destas obras ao interessado em conformidade com normas estabelecidas pelo Poder Concedente e assim agindo, a Concessionária fica desonerado do investimento. Quando a concessionária deixa de fazer um investimento e, mesmo assim, o recebe a título gratuito, mediante o contrato já citado, ou seja, o Termo de Entrega, ocorre uma transmissão de propriedade à Concessionária, registrada como Obrigações Especiais tão somente para fins de remuneração do capital investido. A contabilização segregada não se refere à patrimonialidade do ativo, mas sim à remunerabilidade desse Ativo.

É óbvio que, por não decorrer de um investimento do concessionário, não poderá ser remunerado. Seria, por assim dizer, uma forma de enriquecimento sem causa, caso houvesse a remuneração do ativo pela tarifa.

Portanto, resta configurada a doação nas transferências de patrimônio dos consumidores para a concessionária, cujos bens passam para a propriedade da empresa de energia elétrica, integrando o seu patrimônio. É irrelevante se a incorporação se dá de forma compulsória ou não. O que vale dizer é que é uma doação retribuída, ou seja, a condição da doação é que, em compensação, haja o fornecimento de energia ao consumidor quem faz a doação.

E, classicamente, a doação é o "ato pelo qual se conferem gratuitamente a outrem vantagens, bens e direitos". Assim, a entrega dos bens mediante participação do consumidor encontra-se revestida de liberalidade, que se apresenta no exato momento em que o consumidor se ajusta com a empresa concessionária de energia elétrica.



ABRADEE

Portanto, somente quando se der a reversão dos bens da concessão para a União, com a conseqüente extinção do contrato de concessão, é que os bens e instalações a ela afetos incorporar-se-ão ao poder concedente, no caso a União.

III – A natureza jurídica das instalações de energia elétrica

O preceito contido no referido art. 180 da resolução proposta obriga as Distribuidoras de Energia Elétrica a transferirem os seus ativos que estão sendo utilizados, ou que também estão sendo utilizados no serviço de iluminação pública, ou seja, as suas instalações de energia elétrica, para os Municípios respectivos.

Eis que o aludido dispositivo, desde logo, até mesmo em exame preliminar, parece se mostrar absurdo, na medida em que se revela, nitidamente inconstitucional e ilegal, além de poder comprometer a própria prestação dos serviços públicos de energia elétrica.

Acredita-se que toda a questão pode vir a ser resolvida a luz do que dispõe, expressamente para a espécie em exame o artigo 21, inciso XII, letra “b”, da Constituição Federal, que embora de todos conhecido, merece ser rememorado, confira-se:

“Art. 21. Compete à União:

...

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

...

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



ABRADEE

O que significa dizer, portanto, que é obrigatório que seja a União, *diretamente* ou suas delegadas, quer sob o regime de *concessão*, de *permissão* ou de *autorização*, as únicas que poderão explorar essas *instalações de energia elétrica*, o que excluí, assim, o Município.

E, isso, por si só, já bastaria para impedir que essas *instalações de energia elétrica*, ainda que utilizadas unicamente para a Iluminação Pública, venham a ser doadas, transferidas, ou mesmo cedidas para os Municípios, tal como quer e prescreve o preceito constante da Minuta de novel Resolução da ANEEL.

HELY 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.”* 1[1]

É também o mesmo festejado doutrinador, quem logo à frente, afirma de forma peremptória que: *“Destarte, considerando o direito à propriedade, assegurado pela Constituição da República (art. 5º, XXII) e o disposto no § 2º, do art. 2º da Lei das Desapropriações (Dec.-lei 3.365/41), faltar-lhe-ia legitimidade para apropriar-se desse material — inclusive por desapropriação, pois o serviço de energia elétrica e respectivas instalações são da União (art. 21, inc. XII, “b”, da CF), — e mais ainda para retomá-lo, porquanto, no caso, não haveria de falar em concessão municipal, mas em simples doação, que, em regra, é irreversível.”* 2[2]

[1[1]] “Iluminação Pública”, in “Estudos e Pareceres de Direito Público”, Revista dos Tribunais São Paulo, 1988, Vol. 10, p. 270.

[2[2]] HELY LOPES MEIRELLES, “Iluminação Pública”, in “Estudos e Pareceres de Direito Público”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, Vol. 10, p. 270. Os dispositivos constitucionais citados pelo doutrinador foram



ABRADEE

Portanto, conforme se conclui, diante da oportuna elucidação do notável jurista, não há, portanto, como pretender admitir-se a possibilidade dessas *instalações de energia elétrica*, virem a ser simplesmente transferidas para os Municípios, ou serem por eles retomadas, ou serem desapropriadas, ou serem objeto de uma reversão.

Diga-se, aliás, que à ANEEL cabe 3[3] é promover declaração de utilidade pública, para fins de *desapropriação* ou de *instituição de servidão administrativa*, dos bens necessários à execução dos *serviços e instalações de energia elétrica*, e, não a função de extinguir essas *servidões* ou suprimir as próprias *instalações* que estão sendo utilizadas na prestação dos serviços de energia elétrica.

Eis que até mesmo as obras construídas com a participação financeira do consumidor, são, quando concluídas, incorporadas aos bens e instalações do Concessionário, conforme determina o Decreto nº 41.019, de 26/02/1957, em seu art. 143. 4[4]

devidamente atualizados, conquanto, mantenham *in casu*, os mesmos teores. No original as expressões grifadas estão em itálico, isto é, também em destaque.

[3[3]] Na Lei nº 9.427/96: Art. 14. *O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica; III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento; V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis. Art. 18, A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.*

No Decreto nº 2.335/97: Art. 4º - À ANEEL compete: XIV - fiscalizar a prestação dos serviços e instalações de energia elétrica e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; XV - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas dos contratos de concessão ou de permissão e do ato da autorização; XXXI - emitir atos de autorização para execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica; XXXVII - cumprir e fazer cumprir o Código de Águas, na área de sua responsabilidade;

[4[4]] Art. 143. As obras construídas com a participação financeira dos consumidores (arts. 140 e 142) serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário quando concluídas, creditando-se a contas especiais as importâncias relativas às participações dos consumidores, conforme legislação em vigor. (Redação do Decreto nº 98.335 de 26.10.1989).



ABRADEE

Portanto, dúvidas não existem quanto a tais instalações pertencerem à Concessionária, ou quanto ao fato dessas instalações integrarem, assim, o patrimônio dos Concessionários de serviços públicos de energia elétrica.

Daí que, no mínimo, haverá de ser aplicado esse raciocínio para as situações referentes às obras para a construção das instalações de iluminação pública, 5[5] em que o próprio contrato de concessão faculta ao Concessionário, efetuar a transferência dos custos das obras para a Prefeitura.

Eis que em assim agindo, embora o Concessionário fique desonerado do investimento, ele passará a ter a propriedade de tais instalações de energia elétrica, que integrarão o seu patrimônio.

É que diante da conclusão das obras e assinado o respectivo Termo de Entrega, ocorrerá a transmissão da propriedade ao Concessionária, registrando-se o financiamento feito pela Municipalidade sobre a rubrica “Obrigações Especiais”, tão somente para fins de remuneração do capital investido. E, nesse sentido, se afigura manifesto, que a contabilização segregada de tal propriedade, logicamente não se refere à patrimonialidade do ativo, mas, sim, exclusivamente, à remunerabilidade deste.

Não fosse tudo isso evidente, a corroborar o fato de que se está na espécie é a tratar do patrimônio do Concessionário e não de remuneração do capital investido, há que se levar em conta, também, que a própria Lei nº 9.427, de 26/12/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e

[5[5]] A Resolução nº 456, de 29/11/2000, em seu artigo 9º, inciso VI, letra b, estabelece que: Art. 9º. *O ponto de entrega de energia elétrica deverá situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvados os seguintes casos: VII - tratando-se de fornecimento destinado a sistema de iluminação pública, o ponto de entrega será, alternativamente: a) a conexão da rede de distribuição da concessionária com as instalações elétricas de iluminação pública, quando estas pertencerem ao Poder Público; e b) o bulbo da lâmpada, quando as instalações destinadas à iluminação pública pertencerem à concessionária.*

Ora, conforme se verifica no caso, o ponto de entrega, ao invés de seguir a regra geral, é alongado até o bulbo da lâmpada, exigindo como contrapartida que a manutenção se faça até ai, e não como na regra geral, onde o ponto de entrega fica no limite da via pública com o imóvel e o concessionário nada tem que ver com o trecho seguinte, que se constituirá nas instalações internas da unidade consumidora.



ABRADEE

disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, se encarregou de reforçar, nos incs. III e V, de seu art. 14, 6[6] respectivamente, que a participação do consumidor, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, se dá, é no capital da Concessionária e, portanto, não em seu patrimônio; e, outrossim, que tais bens, como bens reversíveis são indisponíveis, 7[7], salvo no caso de expressa permissão do contrato de concessão e da concordância conseqüente do Concessionário.

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.*

Eis que em situação semelhante à da iluminação pública, apresentam-se, via de regra, vários outros serviços públicos municipais, como é o caso dos serviços de águas e esgotos, de lixo, e etc., nos quais as instalações e equipamentos utilizados não são de propriedade dos municípios, mas, sim, dos próprios prestadores desses serviços. Sendo, por conseguinte, patente, na hipótese em apreço a necessidade de se distinguir o serviço de iluminação pública “... *da energia de que provém ...*”⁸ e dos “... *equipamentos e instalações utilizados para produzi-la ou para conduzi-la até os focos de aclaramento*”; 8[8] que conforme já se apurou, em diversas situações, são de propriedade e integram o patrimônio do Concessionário de Serviços Públicos de Energia Elétrica.

[6[6]] Na Lei nº 9.427/96: Art. 14. *O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende: III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento; V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.*

[7[7]] Art. 18, *A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.*

[8[8]] HELY LOPES MEIRELLES, “Iluminação Pública”, Ob. Cit., p. 269.



ABRADEE

Nessa conformidade, o que se depreende de todo o veiculado é que os financiamentos que foram realizados pelas Prefeituras para as obras de edificação de tais instalações e equipamentos e que estão contabilizados como “Obrigações Especiais”, não estão condicionadas a quaisquer retornos às Prefeituras que aportaram tais recursos, sendo exclusivamente destinados às obras de melhoramento e de expansão. Os valores de referidos bens e instalações necessárias à exploração da concessão são aplicáveis na redução do valor residual do ativo imobilizado para fins de determinação do valor da indenização que o Poder Concedente pagará à concessionária, ao término da concessão.

E isso demonstra, ainda uma vez mais, que os montantes objeto dos financiamentos são algo totalmente diverso das instalações e equipamentos, que uma vez concluídas as obras, foram objeto de doação e conseqüente incorporação no patrimônio das Concessionárias. Ou seja, o “financiamento” registrado contabilmente sob a designação de “obrigações especiais”, é algo completamente distinto do patrimônio do concessionário, ou de sua propriedade sobre essas instalações e equipamentos de energia elétrica.

Daí que se o patrimônio é da concessionária, não pode ela ser compelida a “transferir” para as Prefeituras essas instalações e equipamentos. Mais, ainda: o dinheiro aportado pelas Prefeituras vai para a concessão e somente ao final da concessão é que haverá a necessária compensação, ou seja, será apurado o valor da concessão do qual serão abatidas as obrigações especiais, sendo claro, pois, que essas obrigações terão que ser pagas a termo, ou seja, ao final da concessão. E, assim, o que se certifica, portanto, é que ademais de ilegal e inconstitucional a disposição da minuta de resolução, uma transferência teria que ser acordada e indenizada, no mínimo, pelo valor contábil da rede e abatido do montante de “obrigações especiais”, devidamente depreciadas.



ABRADEE

IV – CONCLUSÃO

Art. 180. Nos casos onde o sistema de iluminação pública for de propriedade da distribuidora, esta deve transferir para a pessoa jurídica de direito público competente os respectivos ativos, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses contados da data de publicação desta resolução.

Parágrafo único. Na hipótese da transferência do ativo de iluminação do Poder Público para a distribuidora ter sido acordado previamente ao início da vigência desta resolução, esta transferência deve ser efetivada em até 6 (seis) meses da data de publicação desta resolução, ressalvado o cumprimento integral do estabelecido no caput.

Esse o dispositivo em comento. Evidentemente, se vier dispor – como pretende, a Resolução da ANEEL sobre a transferência compulsória para as pessoas de direito público competente, os respectivos ativos, está a Agência pretendendo desapropriar um bem da concessionária sem o devido processo legal e sem indenização, a ponto de se tornar um ato de confisco.

Trata-se, à evidência, de pretensão que, se viabilizada, será um ato emanado por Autoridade Administrativa que, compulsoriamente, terá retirado os direitos dominiais de propriedade da concessionária sobre bens corpóreos já constituídos no seu patrimônio e integrantes da concessão, isso tudo em benefício de um terceiro, ao arrepio do princípio constitucional garantidor do direito de propriedade.

RUY BARBOSA NOGUEIRA, a respeito da definição universalmente aceita do termo confisco, cita a *Encyclopaedia of the Social Sciences* (New York, Mac-Millan, 1948, v. 4, p. 138), que assim registra:



ABRADEE

“CONFISCO: é um princípio reconhecido por todas as nações que os direitos de propriedades não podem ser transferidos pela ação de autoridades públicas, de um particular para outro, nem podem eles ser transferidos para o tesouro público, a não ser para uma finalidade publicamente conhecida e autorizada pela Constituição.” (Ruy Barbosa Nogueira, “Curso de Direito Tributário”, editora Saraiva, 1989, p. 130).

O art. 243 da Constituição Federal prevê a desapropriação confisco. Entretanto, é imprescindível a observância do devido processo legal, com amplitude de defesa e o controle jurisdicional.

Ensina **MARÇAL JUSTEN FILHO** que:

“A essencialidade do bem à prestação do serviço produz sua submissão a esse regime jurídico próprio e inconfundível, dotado de características e peculiaridades próprias. Todos os bens passam a ter um regime próprio de direito público, ainda que se trate de bens de propriedade original do concessionário. A afetação do bem à satisfação da necessidade coletiva impede a aplicação do regime de direito privado comum. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem o destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do bem como bem entendesse. Portanto e ainda que se configurem bens privados, não é possível cogitar da sua penhorabilidade ou alienabilidade, sem prévia desafetação – a qual se fará por ato formal do poder concedente, depois de verificada a viabilidade da continuidade do serviço público sem sua utilização.” (“Serviços Públicos Concedidos”, 1986, ed. Saraiva, pg.178).

A Lei n° 9.427, de 26.12.1996 estabelece no art. 14 que:

art. 14 - O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

(...)

II – a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;



ABRADEE

(...)

V – indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

(...)

Art. 18. A ANEEL somente aceitará como bens reversíveis da concessionária ou permissionária do serviço público de energia elétrica aqueles utilizados, exclusiva e permanentemente, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica." (grifos nossos)

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 idéia de que os princípios da continuidade, regularidade e atualidade justificam uma mitigação do direito a propriedade, mas não o suprimem.

Portanto, a par da compulsoriedade com que se pretende a transferência dos ativos de iluminação pública ferir frontalmente os dispositivos constitucionais do art. 5º, incisos XXIII e XXIV, da Carta Magna, o ato também é ilegal no sentido de que fere a legislação infraconstitucional que rege as desapropriações, vale dizer, o Decreto-lei nº 3.365/41, que prevê a realização da migração obrigatória do patrimônio, nas condições que estabelece, mas sempre mediante a justa e prévia indenização.

ANEXO 7

Comparativo de Custos de Iluminação Pública

Bauru

Prefeitura de Bauru

CPFL Paulista

Resolução Homologatória nº 1.271, de 03/04/2012

Resolução B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$ 149,72	por MWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$ 164,35	por MWh

Estimativa de Tributos - PIS/PASEP, COFINS e ICMS

23,88%

Adotado B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$ 0,185468	por KWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$ 0,203591	por KWh

						kWh Faturar		
Gasto Atual								
B4a (ornamental)						230.694,60	R\$	42.786,52
B4b (ruas/avenidas)						2.490.155,92	R\$	506.974,33
						Total Gasto Atual Mensal	R\$	549.760,85

Gasto Futuro								
B4a (ornamental)						230.694,60	R\$	42.786,52
B4a (ruas/avenidas)						2.490.155,92	R\$	461.844,82
Terceirização Manutenção								
Quantidade de pontos		41.207		9,00			R\$	370.863,00
						Total Gasto Futuro Mensal	R\$	875.494,34

Custo Mensal de Manutenção de 41.207 pontos pela CPFL		R\$ 45.129,51	R\$ 1,10	por ponto
Custo Mensal de Manutenção de 41.207 pontos pela empresa terceirizada		R\$ 370.863,00	R\$ 9,00	por ponto

Acréscimo dos serviços de manutenção	R\$ 325.733,49	622%
Acréscimo total dos gastos com I.P.	R\$ 325.733,49	59%

ANEXO 8

Comparativo de Custos de Iluminação Pública

Praia Grande

Município	TARIF	QDE	E(com mar	kWH mes	kWH interr	kWh Faturar
Praia Grande	B4a	1.085,00		167.412,96	334,82592	167.078,13408
Praia Grande	B4b	24.716,00		1.762.734,24	3.525,46848	1.759.208,77152

CPFL Piratininga

Resolução Homologatória nº 1.233 de 18/10/2011 prorroga as tarifas da

Resolução Homologatória nº 1.075 de 19/10/2010

Resolução B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	160,75	por MWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	176,43	por MWh

Estimativa de Tributos - PIS/PASEP, COFINS e ICMS

29,27%

Adotado B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	0,207795	por KWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	0,228064	por KWh

Gasto Atual						kWh Faturar	
B4a (praças)						167.078,13408	R\$ 34.717,96
B4b (ruas / avenidas)						1.759.208,77152	R\$ 401.211,47
						Total Gasto Atual Mensal	R\$ 435.929,43

Gasto Futuro							
B4a (praças)						167.078,13408	R\$ 34.717,96
B4a (ruas / avenidas)						1.759.208,77152	R\$ 365.554,35
Terceirização Manutenção							
Quantidade de pontos		24.716		9,00			R\$ 222.444,00
						Total Gasto Futuro Mensal	R\$ 622.716,31

Custo Mensal de Manutenção de 24.716 pontos pela CPFL		R\$ 35.657,12	R\$ 1,44	por ponto
Custo Mensal de Manutenção de 24.716 pontos pela empresa terceirizada		R\$ 222.444,00	R\$ 9,00	por ponto

Acréscimo dos serviços de manutenção	R\$ 186.786,88	524%
Acréscimo total dos gastos com I.P.	R\$ 186.786,88	43%

ANEXO 9

Comparativo de Custos de Iluminação Pública

Santos

Município	TARIF	QDE	E(com mar	kWH mes	kWH interr	kWh Faturar
Santos	B4a	3.680		399.793,68	799,58736	398.994,09264
Santos	B4b	23.071		1.822.456,08	3.644,91216	1.818.811,16784

CPFL Piratininga

Resolução Homologatória nº 1.233 de 18/10/2011 prorroga as tarifas da

Resolução Homologatória nº 1.075 de 19/10/2010

Resolução B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$ 160,75	por MWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$ 176,43	por MWh

Estimativa de Tributos - PIS/PASEP, COFINS e ICMS

29,27%

Adotado B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$ 0,207795	por KWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$ 0,228064	por KWh

Gasto Atual					kWh Faturar	
B4a (ornamental)					398.994,09264	R\$ 82.908,88
B4b (ruas/avenidas)					1.818.811,16784	R\$ 414.804,60
					Total Gasto Atual Mensal	R\$ 497.713,48

Gasto Futuro						
B4a (ornamental)					398.994,09264	R\$ 82.908,88
B4a (ruas/avenidas)					1.818.811,16784	R\$ 377.939,41
Terceirização Manutenção						
Quantidade de pontos		23.071		9,00		R\$ 207.639,00
					Total Gasto Futuro Mensal	R\$ 668.487,29

Custo Mensal de Manutenção de 23.701 pontos pela CPFL		R\$ 36.865,19	R\$ 1,60	por ponto
Custo Mensal de Manutenção de 23,701 pontos pela empresa terceirizada		R\$ 207.639,00	R\$ 9,00	por ponto

Acréscimo dos serviços de manutenção	R\$ 170.773,81	463%
Acréscimo total dos gastos com I.P.	R\$ 170.773,81	34%

ANEXO 10

Comparativo de Custos de Iluminação Pública

São Vicente

Município	TARIF	QDE	E(com mar	kWH mes	kWH interr	kWh Faturar
São Vicente	B4a	674	228	83.206,08	166,41216	83.039,66784
São Vicente	B4b	21.776		1.616.568,48	3.233,13696	1.613.335,34304

CPFL Piratininga

Resolução Homologatória nº 1.233 de 18/10/2011 prorroga as tarifas da

Resolução Homologatória nº 1.075 de 19/10/2010

Resolução B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	160,75	por MWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	176,43	por MWh

Estimativa de Tributos - PIS/PASEP, COFINS e ICMS

29,27%

Adotado B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	0,207795	por KWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	0,228064	por KWh

Gasto Atual					kWh Faturar	
B4a (ornamental)					83.039,66784	R\$ 17.255,21
B4b (ruas/avenidas)					1.613.335,34304	R\$ 367.943,05
					Total Gasto Atual Mensal	R\$ 385.198,26

Gasto Futuro						
B4a (ornamental)					83.039,66784	R\$ 17.255,21
B4a (ruas/avenidas)					1.613.335,34304	R\$ 335.242,61
Terceirização Manutenção						
Quantidade de pontos		22.004		9,00		R\$ 198.036,00
					Total Gasto Futuro Mensal	R\$ 550.533,82

Custo Mensal de Manutenção de 22.004 pontos pela CPFL	R\$	32.700,44	R\$	1,49	por ponto
Custo Mensal de Manutenção de 22.004 pontos pela empresa terceirizada	R\$	198.036,00	R\$	9,00	por ponto

Acréscimo dos serviços de manutenção	R\$	165.335,56	506%
Acréscimo total dos gastos com I.P.	R\$	165.335,56	43%

ANEXO 11

Comparativo de Custos de Iluminação Pública

Sorocaba

Município	TARIF	QDE	E(com mar	kWH mes	kWH interr	kWh Faturar
Sorocaba	B4a					531.340
Sorocaba	B4b	52.263				3.057.139

CPFL Piratininga

Resolução Homologatória nº 1.233 de 18/10/2011 prorroga as tarifas da

Resolução Homologatória nº 1.075 de 19/10/2010

Resolução B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	160,75	por MWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	176,43	por MWh

Estimativa de Tributos - PIS/PASEP, COFINS e ICMS

29,27%

Adotado B4 - Iluminação Pública

B4a - Rede de Distribuição	R\$	0,207795	por KWh
B4b - Bulbo da Lâmpada	R\$	0,228064	por KWh

Gasto Atual					kWh Faturar	
B4a (ornamental)					531.340	R\$ 110.409,66
B4b (ruas/avenidas)					3.057.139	R\$ 697.222,10
					Total Gasto Atual Mensal	R\$ 807.631,76

Gasto Futuro						
B4a (ornamental)					531.340	R\$ 110.409,66
B4a (ruas/avenidas)					3.057.139	R\$ 635.257,43
Terceirização Manutenção						
Quantidade de pontos		53.263		9,00		R\$ 479.367,00
					Total Gasto Futuro Mensal	R\$ 1.225.034,10

Custo Mensal de Manutenção de 53.263 pontos pela CPFL	R\$	61.964,66	R\$	1,16	por ponto
Custo Mensal de Manutenção de 53.263 pontos pela empresa terceirizada	R\$	479.367,00	R\$	9,00	por ponto

Acréscimo dos serviços de manutenção	R\$	417.402,34	674%
Acréscimo total dos gastos com I.P.	R\$	417.402,34	52%