



JUSTIÇA FEDERAL

1ª Vara Federal de Limeira - Seção Judiciária de São Paulo

PROCESSO Nº. 0010971-69.2013.403.6143

AUTOR: MUNICÍPIO DE LIMEIRA

RÉS: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL – e ELEKTRO ENERGIA E SERVIÇOS S/A

DECISÃO

Cuida-se de ação cominatória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em que o autor pretende a obtenção de provimento jurisdicional de urgência que mantenha a Elektro Energia e Serviços S/A como responsável pela prestação do serviço de iluminação pública e pelos bens afetados a esse serviço.

Aduz que a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 414/2010, na qual ficou determinado que a Elektro deveria devolver à Municipalidade os bens destinados ao serviço de iluminação pública, repassando-lhe a responsabilidade pela prestação desse serviço. Argumenta que a ANEEL embasou-se em dois dispositivos constitucionais para justificar a resolução: o artigo 30, I, que impõe ao Município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local; artigo 149-A, que estabelece a competência do Município para instituir contribuição social para custeio do serviço de iluminação pública.

O autor considera indevida a devolução dos bens em questão pelos seguintes motivos:

- 1) A ANEEL extrapolou sua competência normativa, sendo-lhe permitido, segundo a Lei nº 9.427/1996 apenas promover a regulação do setor de energia elétrica;
- 2) A ingerência da ANEEL no contrato de concessão firmado entre o autor e a Elektro desequilibra a relação entre as partes, onerando o Município e permitindo à concessionária de serviço público locupletar-se ilicitamente, já que parte da arrecadação desta advém justamente dos valores cobrados pela manutenção da rede elétrica;
- 3) A Elektro recebeu os bens em virtude de contrato de concessão, o qual lhe impõe a obrigação de prestar o serviço de iluminação pública;
- 4) Os ativos a serem repassados por determinação da resolução normativa só poderiam ser revertidos ao Município com o término da concessão;
- 5) Compete à concessionária de serviço público, segundo dicção do artigo 34 da Lei nº 9.074/1995, a manutenção, a conservação e a reposição de bens entregues pelo Poder Público concedente para a prestação do serviço;
- 6) O repasse ao Município do dever de prestar diretamente o serviço de iluminação pública onerará o consumidor, já que haverá a necessidade de se buscar nova fonte de custeio para arcar com essa nova obrigação (criação da contribuição social prevista no artigo 149-A da Constituição da República);
- 7) A Resolução Normativa nº 414/2010 fere o artigo 5º, § 2º, do Decreto nº 41.019/1957, que dispõe que os circuitos de iluminação são considerados parte integrante dos sistemas de distribuição dos concessionários de serviços de energia elétrica;



JUSTIÇA FEDERAL

1ª Vara Federal de Limeira - Seção Judiciária de São Paulo

- 8) A relação existente entre o Município e a Elektro é de consumo, pois ele somente é usuário do serviço prestado pela concessionária, não tendo relação com o sistema da rede elétrica municipal.

Acompanham a petição inicial os documentos de fls. 51/723.

É o relatório. Decido.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela, previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil, admite que o juiz, convencido pela presença de prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor, a conceda, desde que caracterizada uma das situações previstas nos itens I e II do citado artigo, consistentes da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou desde que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso vertente, a verossimilhança das alegações se faz presente, estando, a propósito, provadas a contento para essa fase de cognição sumária.

A Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL estabelece o seguinte em seu artigo 218, *caput* e §§ 4º, V, e 5º:

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

(...)

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

(...)

V – até 31 de dezembro de 2014: conclusão da transferência dos ativos.

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

O dispositivo em comento transferiu aos Municípios a responsabilidade pela manutenção e reparo da rede elétrica de iluminação pública. Ocorre que, da forma como está a ocorrer essa transferência de ônus da concessionária de serviço público ao Município, ela é indevida, por apresentar vícios formais e materiais insanáveis. Vejamos topicamente os fatos que fundamentam essa assertiva.

1. A EXTRAPOLAÇÃO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO À ANEEL.



JUSTIÇA FEDERAL

1ª Vara Federal de Limeira - Seção Judiciária de São Paulo

A ANEEL é uma agência reguladora criada pela Lei nº 9.427/1996 para atuar na regulação do setor de energia elétrica. Suas atribuições constam genericamente no artigo 2º, que preconiza que essa agência “tem a por finalidade **regular** e **fiscalizar** a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. Regular pode ser entendido como normatizar, regulamentar, verbos que remetem à ideia de atuação legiferante. Ocorre que o ato de regular, considerando o ordenamento jurídico vigente, não é irrestrito e incondicionado para as agências reguladoras.

Como bem pontua Alexandre Mazza (*in* Manual de Direito Administrativo, 2010), a ANEEL classifica-se, quanto à sua atividade preponderante, em agência de serviço, ficando encarregada de funções típicas do poder concedente, como a fiscalização e a disciplina da prestação de serviços públicos por particulares. Quanto às gerações, classifica-se como de primeira geração, tendo sido criada logo após o processo de privatizações iniciado na década de 90 do século passado para fiscalizar setores econômicos abertos à iniciativa privada. Disso se deflui que a ANEEL, por apenas **fiscalizar** e **regular** a prestação de serviços públicos concedidos à iniciativa privada, não tem competência para impor ao Município a assunção de parte do serviço dado em concessão, pois, em última análise, só o ente público concedente (nesse caso, a União) possui essa prerrogativa.

Alexandre Mazza (*idem*) bem delinea a extensão do poder normativo conferido às agências reguladoras:

“As agências reguladoras são legalmente dotadas de competência para estabelecer regras disciplinando os respectivos setores de atuação. É o denominado Poder Normativo das agências.

Tal poder normativo tem sua legitimidade condicionada ao cumprimento do princípio da legalidade na medida em que os atos normativos expedidos pelas agências ocupam posição de inferioridade em relação à lei dentro da estrutura do ordenamento jurídico.

Além disso, convém frisar que não se trata tecnicamente de competência regulamentar porque a edição de regulamentos é privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, da CF). Por isso, os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras nunca podem conter determinações, simultaneamente, gerais e abstratas, sob pena de violação da privatividade da competência regulamentar.

Portanto, é fundamental não perder de vista dois limites ao exercício do poder normativo decorrentes do caráter infralegal dessa atribuição:

- a) os atos normativos não podem contrariar regras fixadas na legislação ou tratar de temas que não foram objeto de lei anterior;
- b) é vedada a edição, pelas agências, de atos normativos gerais e abstratos”.



Como se pode perceber, a ANEEL não tem competência normativa para editar o que a doutrina chama de decreto regulamentar, que é norma independente de lei em sentido estrito anterior, que se limita a tratar das hipóteses contidas no artigo 84, VI, da Constituição da República. Sendo assim, cabe-lhe tão-somente exercer o poder normativo em ocasiões expressamente deferidas por lei. Na hipótese em estudo, a Lei nº 9.427/1996 atribui à ANEEL a prerrogativa de **“gerir** os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão, de uso de bem público, **bem como fiscalizar**, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica” (artigo 3º, IV, da Lei nº 9.427/1996). Ao estabelecer, por ato normativo geral e abstrato (artigo 218 da Resolução Normativa 414/2010), a assunção direta do ônus da manutenção e do reparo da rede de energia elétrica pelo Município (por meio da reversão dos bens em poder das concessionárias), a ANEEL foi além das competências de gestão, fiscalização e regulação conferidas por lei.

2. A INGERÊNCIA DA ANEEL EM CONTRATOS VIGENTES DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.

Além de extrapolar os limites de seu poder normativo-regulamentar, a ANEEL interferiu diretamente em cláusulas previamente ajustadas em contratos de concessão. No caso dos autos, o Contrato de Concessão de Distribuição nº 187/1998, celebrado entre a União (representado pela ANEEL) e a Elektro – Eletricidade e Serviços S/A, estabelece, em sua cláusula décima segunda, rol de hipóteses de extinção da concessão e de reversão dos bens vinculados à prestação do serviço:

“As concessões para exploração dos serviços de geração e distribuição de energia elétrica, reguladas por este Contrato, considerar-se-ão extintas, observadas as normas legais específicas:

I - pelo advento do termo final do Contrato;

II - pela encampação do serviço;

III - pela caducidade;

IV - pela rescisão;

V - pela anulação decorrente de vício ou irregularidade constatados no procedimento ou no ato de sua outorga; e

VI - Em caso de falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA.

O caso concreto não se enquadra em nenhum dos tipos previstos. Afora os casos mais óbvios (I, IV, V e VI), sobre os quais deixo de me aprofundar, consigno que não se pode tratar de encampação porque esta é a retomada do serviço público pelo poder concedente, mediante lei autorizadora e prévia indenização do concessionário, por razões de interesse público, levando à extinção do contrato (nos autos não se noticia a retomada do serviço pela



União, mas sim transferência de parte dele aos Municípios). Também não se aplica o instituto da caducidade, visto que não se trata de extinção do contrato por inexecução ou descumprimento de outras obrigações pela concessionária. Logo, não havendo extinção da concessão, não há que se falar em reversão de bens – mesmo que disfarçada sob a forma de cessão -, ainda mais para pessoa jurídica de direito público diversa da que concedeu a prestação do serviço.

O artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 retira das concessionárias obrigações contratualmente assumidas com o Poder Público concedente e as transfere aos Municípios, ocasionando duas situações lesivas à população: de um lado, um ganho injustificável às concessionárias, que manterão seus contratos com a União sem mais arcar com o ônus da manutenção e reparo do sistema de iluminação pública, não havendo imposição legal para o repasse da desoneração às faturas de energia elétrica dos consumidores; de outro lado, os usuários serão açoitados com o aumento da carga tributária pelo Município, que se verá compelido a criar fonte de custeio para fazer frente a tamanha despesa – a COSIP, contribuição social prevista no artigo 149-A da Constituição da República.

3. DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO UNILATERALMENTE SEM MOTIVO DE INTERESSE PÚBLICO.

Não há dúvida de que o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 alterou de modo unilateral os contratos de concessão de serviços de energia elétrica firmados entre a União e pessoas jurídicas de direito privado. É cediço, todavia, que esse tipo de modificação contratual só deveria ocorrer quando estivesse presente o interesse público. É que é justamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular que justifica as chamadas cláusulas exorbitantes (dentre as quais está a alteração unilateral do contrato – artigo 58, I, da Lei nº 8.666/1993). Sobre a alteração contratual esteadada em razão de interesse público, discorrem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (*in* Direito Administrativo, 2007):

“(...) esta alteração unilateral deve sempre ter por escopo a melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público e que devem ser respeitados os direitos do administrado.

Devido a essa prerrogativa de alteração unilateral do contrato por uma das partes (a Administração), diz-se que aos contratos administrativos não se aplica integralmente o princípio do *pacta sunt servanda*”.

Acrescento que o interesse público que permeia a modificação do contrato pela Administração Pública é o primário, tão-somente, que é aquele que reflete o interesse da sociedade (conotação de bem geral). No caso, a alteração da relação contratual não visou ao benefício da sociedade, mas apenas ao da própria concessionária de serviços de energia elétrica.

Com tudo que foi apresentado, tem-se que o artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 é ilegal e fere o princípio da supremacia do interesse público em prol de interesse de particular.



JUSTIÇA FEDERAL

1ª Vara Federal de Limeira - Seção Judiciária de São Paulo

Além da verossimilhança das alegações expendidas, amparadas em provas inequívocas carreadas aos autos, visualizo a possibilidade de dano de difícil reparação, consubstanciado no fato de estar aproximando-se a data em que o Município autor terá que assumir o ônus de manter e reparar a rede de iluminação pública. Com fulcro no princípio da continuidade, é preciso definir, ainda no início deste processo, qual pessoa deve ir respondendo pela prestação do serviço de iluminação pública (o autor ou a ré Elektro), a fim de se evitar futuros prejuízos aos usuários das vias públicas de Limeira, caso a demanda se estenda para além do prazo fixado pela Resolução Normativa nº 414/2010. E, pela argumentação esposada até aqui, competirá à ré Elektro tal mister.

Isso posto, **ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA**, afastando a aplicação do artigo 218 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL e determinando que a ré Elektro Eletricidade e Serviços S/A continue a prestar os serviços de manutenção, conservação e reparação da rede de iluminação pública do Município de Limeira, abstendo-se de transferir ao autor os bens afetados a esse serviço.

Citem-se as rés.

Intime-se e cumpra-se.

Limeira, de agosto de 2013.

DANIELA PAULOVICH DE LIMA
Juíza Federal Substituta