

Contribuições da Guarani Comércio e Serviços - GCSEnergia para a Minuta de Resolução da Audiência Pública da ANEEL número 16/2002

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL

RESOLUÇÃO N°, DE DE DE 2002.

Estabelece procedimentos relativos à liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE.

O DIRETOR GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto no art. 29 da Lei n o 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos incisos V, VIII e IX, art. 3 o , da Lei n o 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no art. 14 da Lei n o 9.648, de 28 de maio de 1998, no art. 1 o da Lei n o 10.433, de 24 de abril de 2002, e o que consta do Processo n o 48500.003843/02-52, e considerando que:

a liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE podará se dar de forma multilateral, não havendo a identificação direta das respectivas contrapartes como compradores ou vendedores;

o art. 3 o da Lei no 10.214, de 27 de março de 2001, permite a compensação multilateral de obrigações por uma mesma câmara ou prestador de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB;

nos termos da Convenção do Mercado Atacadista de Energia Elétrica, instituída pela Resolução ANEEL n o 102, de 1 o de março de 2002, o MAE tem a atribuição de proceder à liquidação das operações realizadas no âmbito do Mercado;

competem a ANEEL a autorização, a regulamentação e a fiscalização do MAE; e

há necessidade de atualizar e alterar os procedimentos previstos na Resolução ANEEL no 161, de 20 de abril de 2001, com vistas a possibilitar a liquidação das operações ocorridas no MAE em conformidade com as disposições legais relativas à atuação de câmaras de compensação e liquidação, de forma a dar maior segurança e credibilidade aos agentes do setor elétrico como um todo, resolve:

Art. 1o. Estabelecer, na forma desta Resolução, aplicável a todos os Agentes de Mercado, os procedimentos relativos à liquidação financeira das operações de compra e venda de energia no Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE.

Art. 2o. Para os fins e efeitos desta Resolução são adotados os seguintes conceitos e definições:

I. Agente de Compensação ou Agente de Compensação Pleno: instituição financeira, membro do Agente de Liquidação, contratado pelo Agente de Mercado para realizar a liquidação financeira dos valores resultantes do processo de contabilização realizado pelo MAE;

II. Agente de Liquidação: empresa contratada pelo MAE para proceder à liquidação financeira das operações realizadas no Mercado, nos termos do Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais; e

III. Agente de Mercado: abrange os geradores, distribuidores, comercializadores, importadores, exportadores e consumidores livres que participam do MAE, nos termos da Convenção do Mercado instituída pela Resolução ANEEL no. 102, de 1o. de março de 2002; e

IV. Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais: estabelece o detalhamento das regras relativas ao funcionamento dos serviços e atividades prestados pelo Agente de Liquidação e os direitos e obrigações do Agente de Compensação.

Art. 3o. Para a realização da liquidação tratada nesta Resolução, o Agente de Mercado e o Agente de Compensação deverão observar as disposições contidas nos regulamentos e procedimentos operacionais do Agente de Liquidação, em especial o Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais.

Art. 4o. Fica o MAE responsável por informar ao Agente de Liquidação os valores mensais contabilizados, para fins de realização do processo de liquidação, bem como divulgar a cada Agente de Mercado o resultado do respectivo processo.

Art. 5o. O MAE será obrigado a estipular o limite operacional, conforme metodologia a ser regulamentada pela ANEEL, a ser registrado pelo Agente de Compensação junto ao Agente de Liquidação em favor do Agente de Mercado a quem ele representa, com vistas ao cumprimento das obrigações decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica no âmbito do MAE.

Parágrafo único – Os limites operacionais previstos neste artigo deverão ser revistos pelo MAE sempre que as condições de operação do Mercado assim o exigirem.

Comentário – sugiro que coloquemos pela ANEEL porque gera a obrigação da ANEEL realizar audiência pública, sob pena de nulidade do ato administrativo,

nos termos da Lei n 9427/96 e do seu respectivo decreto regulamentador (Dec 2335/96).

Art. 6o. Todo Agente de Mercado deverá contratar seu respectivo Agente de Compensação para representá-lo junto ao Agente de Liquidação, com o qual deverá estabelecer as garantias a serem utilizadas para assegurar o cumprimento de suas obrigações financeiras no âmbito do Mercado, podendo optar dentre as modalidades e critérios de garantias previstas no Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais.

Comentário – idem ao comentário anterior.

§1º. O montante das garantias a serem prestadas pelos Agentes de Compensação deverá ser suficiente para assegurar a cobertura dos débitos dos Agentes de Mercado apurados em cada contabilização realizada pelo MAE e lastrear seu respectivo limite operacional.

Comentário – os limites operacionais devem ficar mantidos contabilização a contabilização, caso contrário o fluxo financeiro (montante da garantia a maior, por exemplo) poderá ficar comprometido, sem qualquer necessidade.

§2º. Os ativos financeiros aceitos em garantia pelo Agente de Liquidação serão aqueles previstos no Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais.

§3º. A responsabilidade do Agente de Liquidação como contraparte da obrigação de pagamento dos créditos a serem liquidados ficará restrita ao valor correspondente ao limite operacional de cada Agente de Mercado registrado pelo Agente de Compensação.

Comentário – loss sharing

Art. novo - Os custos incorridos na contratação das garantias necessárias à liquidação financeira serão considerados custos não-gerenciáveis para efeito de reajuste tarifário.

Art. 7o. A ausência de contratação de Agente de Compensação ou a ausência de registro do limite operacional no montante estipulado pelo MAE junto ao Agente de Liquidação resultará na automática aplicação, respectivamente, das penalidades previstas no art. 9o , incisos I e II; e no do art. 8o desta Resolução.

Parágrafo único - Os valores eventualmente não liquidados em razão do previsto no *caput*, após apurados pelo Agente de Liquidação, serão rateados entre todos os credores na proporção de dos créditos dos Agentes de Mercado apurados na contabilização realizada pelo MAE~~sua energia comercializada~~, excluídos os valores relativos ao Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, conforme previsto no art. 7o, §-2-o da Convenção do Mercado.

Art. 8o. Será configurado em mora o Agente de Mercado que deixar de liquidar seus débitos na data do respectivo vencimento, conforme cronograma de liquidação aprovado pelo Conselho de Administração do MAE, nos termos da Convenção do Mercado.

§1º. Caracterizada a mora, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 9 o desta Resolução, incidirá sobre o valor do débito remanescente os seguintes encargos moratórios:

I - multa de 2% (dois por cento); e

II - juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, calculados *pro rata die*.

§2º. O valor total apurado nos termos do parágrafo anterior será lançado de imediato pelo MAE como ajuste por inadimplência (crédito ou débito) na primeira contabilização que for possível, conforme cronograma de contabilização aprovado pelo Conselho de Administração do MAE.

Comentário – qual o destinatário desta penalidade – entendo que a multa e os juros de mora devem ser direcionados para todos os agentes do MAE na proporção em que ficaram comprometidos na liquidação anterior. Sendo assim, sugiro a inclusão de um critério determinado neste artigo para esses fins .

§3º. Caso haja reincidência quanto ao inadimplemento da obrigação de liquidação, o valor apurado nos termos do parágrafo anterior será atualizado monetariamente pelo IGP-M, se positivo, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas no respectivo mês de apuração.

Comentários ao artigo: em caso de reincidência de inadimplência, da forma proposta acima, a contra-parte credora dos débitos em inadimplência pode ser alterada de um mês para outro em função da alteração da posição credora ou devedora dos Agentes de Mercado; não está claro se haverá nova incidência de multa/mora em caso de reincidência do mesmo inadimplemento do Agente de mês anterior.

Art. 9 o . Sem prejuízo do que determina a Resolução ANEEL n o 318, de 6 de outubro de 1998, ou outro regulamento que vier a substituí-la ou modificá-la, as infrações às disposições desta Resolução sujeitarão o infrator, conforme o caso, à aplicação pela ANEEL, das às seguintes penalidades de:

Comentário: esse dispositivo pode ter sua legalidade questionada, na medida em que cria a possibilidade de um mesmo fato gerador ser penalizado duas vezes. A saber.

A CF/88 estabelece que para o estabelecimento de multas deve haver lei prévia que a defina. Isto de fato ocorreu quando da edição da Lei n 9427/96, regulamentada pelo Decreto 2335/96, que elencou em seu art. 17 quais as

multas administrativas impostas aos concessionários, autorizados e permissionários.

Como consequência direta desses dispositivos legais, a ANEEL publicou a Resolução ANEEL n 318//98, que trata do regime de fiscalização e das penalidades. Além disso, as penalidades administrativas também já se encontram regulamentadas nos contratos de concessão.

Dito de outra maneira: os contratos de concessão estabelecem, entre outras coisas, as obrigações para com o Poder Concedente, inclusive obrigações de cumprir normas supervenientes afetas a prestação do serviço e a Resolução ANEEL 318/98 possibilita a aplicação do regime coercitivo/poder de polícia inerente ao regulador para assegurar a prestação ou o exercício de um serviço ou atividade adequados.

Portanto, o tema das penalizações já se encontram devidamente regulados, na esfera administrativa, que obviamente é a esfera de competência da ANEEL para esse fim específico.

Nessa senda, ao se prever neste artigo que a Resolução 318/98 pode também ser aplicada é admitir que sobre o mesmo fato gerador sejam aplicadas as mesmas penalidades (as já constantes da Resolução 318/98). Note-se, ainda, que a multa de 2% sobre o faturamento anual é a mesma multa constante dos contratos de concessão, provocando, no limite, uma situação ilógica de se ver duplicada a alíquota de 2% para 4%.

E mais, o destino das multas administrativas são o mesmo, pois já se encontram definidos em lei – são receitas a favor da ANEEL (ex: taxa de fiscalização). A ANEEL não poderia argumentar que o fator gerador é o mesmo, mas a finalidade/motivação das penas é distinto, uma vez que nitidamente o regime das penalidades é o mesmo – esfera administrativa respaldado pelo princípio da legalidade.

Desse modo, duas são as possibilidades de se equacionar a questão no sentido de não haver possibilidade de questionamento da legalidade deste dispositivo, quais sejam:

- (i) republicar a Resolução ANEEL 318/98, inserido essas hipóteses de incidência para aplicação de penalidades, ou
- (ii) Afastar dessa Resolução a aplicação da Resolução ANEEL n 318/98.
- (iii)
 - I - advertência;
 - II - multa; e

III - suspensão temporária para participar de licitações de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como para realizar qualquer operação de reestruturação societária, aquisição ou alienação do controle acionário, assim como o impedimento de contratar com a ANEEL e de recebimento de autorização para executar serviços e instalações de energia elétrica.

§ 1º O valor mínimo da multa será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e, no máximo, o correspondente a 2% (dois por cento) da receita anual do Agente de Mercado ~~no MAE, considerando-se os 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.~~

~~§ 2º O Caso o Agente de Mercado infrator atue no Mercado há menos de 12 (doze) meses, a base de cálculo da multa será estimada em função dos meses de atuação no Mercado.~~

§ 3º O valor mínimo da multa será reajustado anualmente pelo IGP-M divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, tendo como data-base a data de publicação desta Resolução, ou outro índice que venha a substituí-lo.

Art. 10. A reincidência do Agente em mora, sem prejuízo do disposto no art. 2º da Resolução ANEEL n.º 318, de 1998, ou em outra disposição legal que vier a substituí-lo ou alterá-lo, independentemente de fiscalização prévia, poderá implicar a critério da ANEEL, o seguinte:

I - inclusão imediata do Agente de Mercado em regime especial de fiscalização técnica e financeira por parte da ANEEL;

e

II – suspensão temporária para participar de licitações de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como para realizar qualquer operação de reestruturação societária, aquisição ou alienação do controle acionário, assim como o impedimento de contratar com a ANEEL e de recebimento de autorização para executar serviços e instalações de energia elétrica.

Parágrafo único - A reincidência poderá provocar, ainda, a articulação da ANEEL com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça visando a aplicação de penalidades aos administradores envolvidos, conforme previsto no parágrafo único do art. 3º da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei n.º 9.648, de 1998.

Art. 11. O MAE terá até 48 (quarenta e oito) horas para informar à ANEEL as infrações cometidas pelos Agentes nos termos desta Resolução.

Art. 12. Constitui infração do MAE o não cumprimento das obrigações estabelecidas nos arts. ~~6º e 7º 5º e 14º~~ o desta, sujeitando-o às penalidades previstas no art. ~~8º 9º~~ o da presente Resolução.

Art. 13. Excepcionalmente para a liquidação das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no âmbito do Mercado até 31 de dezembro de 2002, deverão ser dotados os seguintes procedimentos:

~~I - o limite operacional previsto no art. 5º desta Resolução deverá ser igual a zero;~~

~~II - os valores relativos às operações mencionadas no caput deste artigo eventualmente não liquidados, após apurados pelo Agente de Liquidação, serão rateados entre todos os credores na proporção de **dos créditos dos Agentes de Mercado apurados na contabilização realizada pelo MAE** sua energia comercializada, excluídos os valores relativos ao Mecanismo de Realocação de Energia - MRE;~~

~~III - o MAE informará aos Agentes de Mercado os valores não liquidados resultantes do cálculo feito nos termos do inciso anterior (*loss sharing*), e as respectivas contrapartes, para que tais valores sejam liquidados de forma bilateral pelos Agentes de Mercado envolvidos, mediante emissão de fatura com vencimento imediato pelos Agentes credores em face dos Agentes devedores;~~

Para agilizar a liquidação do MAE sugerimos que excepcionalmente para as liquidações das operações definidas no caput desse artigo os três itens anteriores sejam substituídos pelos seguintes:

I - A liquidação ocorrerá de forma bilateral, entre os Agentes de Mercado, através da emissão de faturas e deverá ser realizada a medida que o MAE emita a contabilização definitiva de períodos de apuração ;

II - Os valores a serem liquidados constaram na fatura de forma detalhada, referente a cada mês, podendo uma única fatura descrever mais de um mês, dentro do mesmo exercício social;

III - respeitadas as obrigações tributárias incidentes sobre o faturamento, os Agentes de Mercado poderão assumir uma posição líquida entre si para fins de pagamento;

IV - Em caso de eventuais discordâncias no procedimento contábil-fiscal de faturamento, envolvendo todos os Agentes de Mercado, caberá MAE a contratação de consultoria especializada no referido assunto;

V – A(s) fatura(s) deve(m) ser apresentada(s) em até 3 (três) dias úteis após a disponibilização dos valores a faturar pelo MAE, com vencimento em até 5 (cinco) dias úteis após a apresentação da fatura;

Em seguida sugerimos manter reenumerados os demais itens do artigo.

VI – a ocorrência de inadimplência relativa às operações tratadas neste artigo sujeitará o Agente de Mercado às penalidades previstas nos s artigos s 8º e 9º desta Resolução;

VII – os cálculos e os processos de liquidação financeira relativos às operações liquidadas até 31 de dezembro de 2002 deverão ser objeto de auditoria até o dia 30 de abril de 2003, para fins de atendimento ao previsto no art. 35, inciso I, da Convenção do Mercado.

Art. 14. Ficam consideradas sem efeito todas as disposições da Convenção do Mercado que contrariem o estabelecido nesta Resolução.

Art. 15. Fica anulada a Resolução ANEEL n o 161, de 20 de abril de 2001.

Art. 16. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ MÁRIO MIRANDA ABDO