



Universidade Federal de Itajubá

Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia

RECURSOS ADMINISTRATIVOS NA ANEEL

Decisões e Proposta de Jurisprudência

RULEMAR PESSOA SILVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia da Energia da Universidade Federal de Itajubá como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Engenharia da Energia.

**Orientadores: Prof. Dr. Jamil Haddad
Prof. Dr. Edson Bortoni**

Itajubá
2005

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mauá –
Bibliotecária Margareth Ribeiro- CRB_6/1700

S586r

Silva, Rulemar Pessoa

Recursos administrativos na ANEEL : decisões e proposta de
jurisprudência / por Rulemar Pessoa Silva. -- Itajubá,(MG) :
UNIFEI, 2005.

115 p. : il.

Orientador : Prof. Dr. Jamil Haddad.

Co-orientador : Prof. Dr. Edson da Costa Bortoni.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Itajubá.

1. Recurso administrativo. 2. Jurisprudência. 3. Regulação do
setor elétrico. I. Haddad, Jamil, orient. II. Bortoni, Edson da Cos-
ta, co-orient. III. Universidade Federal de Itajubá. IV. Título.

CDU 621.3:340.143(043)

À minha esposa, Marília,
e meus filhos, Leandro e Fabiana,
pelo amor, companheirismo e incentivo.

Aos meus pais, Ruy e Maria Augusta,
pelo amor, ensinamentos e lições de vida.

“A existência humana é a viagem que o homem faz entre a realidade e a realização”.
(Emmanuel Carneiro Leão).

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos diretores da ANEEL e meus amigos Jaconias de Aguiar e Afonso Henriques Moreira Santos pela oportunidade e incentivo para participar do Curso de Especialização no Novo Ambiente Regulatório, Institucional e Operacional do Setor Elétrico - CENARIOS 2000, que atualizou a base de conhecimentos e despertou a vontade de aprofundamento dos estudos.

Também agradeço aos meus companheiros da Assessoria da Diretoria e da Procuradoria Federal na ANEEL, com os quais muito aprendi na troca de idéias, na análise dos recursos administrativos e na leitura dos pareceres jurídicos. Em especial, agradeço ao amigo e engenheiro-advogado Romário de Oliveira Batista, que colaborou indicando contatos e, posteriormente, com sua leitura atenta e comentários que, com certeza, enriqueceram o trabalho.

Finalmente, quero registrar o meu agradecimento ao prof. Jamil Haddad – cuja competência e articulação marcaram sua atuação como coordenador do Curso CENARIOS 2000 – que me ajudou a vencer este desafio com sua orientação e incentivo, fortalecendo os laços de amizade e respeito.

ÍNDICE ANALÍTICO

AGRADECIMENTOS	IV
ÍNDICE ANALÍTICO	V
LISTA DE FIGURAS	VII
LISTA DE TABELAS	VIII
RESUMO	IX
ABSTRACT	X
INTRODUÇÃO	1
I. REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO E PAPEL DA ANEEL	3
I.1 Breve Histórico da Reestruturação	4
I.2 O Racionamento de 2001 e seus Impactos no Modelo	8
I.3 ANEEL - Papel e Competências da Agência Reguladora	13
I.3.1 Regulação	16
I.3.2 Fiscalização	20
I.3.3 Mediação	21
I.3.4 Outorga	23
II. PROCEDIMENTOS RECURSAIS NO ÂMBITO DA ANEEL	27
II.1 Decisões Administrativas e a Norma Organizacional ANEEL 001	27
II.2 Processos Punitivos e a Resolução Normativa nº 063/2004	30
II.2.1 Penalidades	31
II.3 Recurso Administrativo	33
II.4 Efeito Suspensivo	34
II.5 Pedido de Reconsideração	35
II.6 Pedido de Invalidação	36
II.6.1 Abrangência do Pedido de Invalidação	37
II.6.2 Prazo para a invalidação de <i>ofício</i>	39
II.6.3 Prazo para a invalidação provocada	43
II.7 Reunião Pública da Diretoria	46

III.	ANÁLISE DOS RECURSOS JULGADOS	49
III.1	Recursos Administrativos	52
III.1.1	Quem interpõe os recursos?	52
III.1.2	Como tem decidido a Diretoria?	53
III.1.3	Motivação adotada para não conhecimento de recursos	53
III.1.4	De quem eram as decisões recorridas?	54
III.1.5	Recursos referentes a Auto de Infração - AI	57
III.2	Pedidos de Efeito Suspensivo	58
III.2.1	Quem interpõe os pedidos de efeito suspensivo?	58
III.2.2	Como tem decidido a Diretoria ?	59
III.3	Requerimentos de Invalidação	59
III.3.1	Requerimentos de Invalidação de Resoluções	61
IV.	FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS TEMAS MAIS RECORRIDOS	65
IV.1	Jurisprudência - Conceitos	65
IV.1.1	O que é jurisprudência?	65
IV.1.2	Quais são as funções da jurisprudência?	67
IV.2	Jurisprudência Administrativa	68
IV.3	Temas Mais Recorridos na ANEEL e Respectivas Decisões	71
IV.3.1	Ressarcimento de Danos Elétricos e Pedidos de Indenização	72
IV.3.2	Comercialização e Faturamento	74
IV.3.3	Compra de Energia Elétrica	78
IV.3.4	Geração	80
IV.3.5	Transmissão	82
IV.3.6	Anuência Prévia	82
V.	CONCLUSÕES E PROPOSTAS	85
V.1	Conclusões sobre o Modelo Setorial e a Atividade de Regulação	87
V.2	Conclusões sobre o Acompanhamento dos Recursos Julgados	94
V.3	Conclusões sobre Melhorias nos Procedimentos Recursais	96
V.4	Conclusões sobre a Formação de Jurisprudência Administrativa	99
VI.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

LISTA DE FIGURAS

Figura I.1.1 – Evolução da Oferta de Energia Elétrica	8
Figura I.1.2 – Estrutura Institucional do Setor Elétrico	12
Figura I.3.2 – Fluxograma das atividades de fiscalização e processo punitivo	21

LISTA DE TABELAS

Tabela III.0 – Número de Pedidos Julgados	51
Tabela III.1.1 – Número de Recursos por Segmento	52
Tabela III.1.2 – Decisões sobre recursos julgados	53
Tabela III.1.3 – Razões do Não-Conhecimento de Recursos	53
Tabela III.1.4 – Autoridades que deram origem às decisões recorridas	54
Tabela III.1.5 – Recursos contra decisões das Superintendências da ANEEL	56
Tabela III.1.6 – Decisões sobre recursos referentes a Autos de Infração	57
Tabela III.2.1 – Decisões sobre pedidos de efeito suspensivo	59
Tabela III.3.1 – Despachos referentes a decisões sobre requerimentos de invalidação	60
Tabela IV.3.1 – Número de Recursos por Tema Geral – período 2001 – 2004	71
Tabela IV.3.2 – Recursos sobre danos elétricos – temas específicos	72
Tabela IV.3.3 – Recursos sobre comercialização e faturamento – temas específicos	74
Tabela IV.3.4 – Recursos sobre contratos de compra de energia – temas específicos	78
Tabela IV.3.5 – Recursos sobre geração – temas específicos	80
Tabela IV.3.6 – Recursos sobre transmissão – temas específicos	82
Tabela IV.3.7 – Recursos sobre anuência prévia – temas específicos	82

RESUMO

O presente trabalho de mestrado apresenta as diferentes modalidades de requerimento disponíveis, no âmbito administrativo, para assegurar aos agentes, consumidores e suas entidades representativas o **direito de ampla defesa e contraditório** em relação a atos ou decisões da ANEEL, quando entenderem que estas contrariam ou desrespeitam qualquer cláusula dos contratos de concessão, atos autorizativos, ou a legislação e regulamentos aplicáveis. São apresentados e comentados os procedimentos específicos que devem ser seguidos pelos agentes e pelo regulador em cada uma das quatro modalidades de requerimento: recurso administrativo, pedido de reconsideração, pedido de efeito suspensivo e pedido de invalidação.

A ênfase do trabalho, entretanto, está em mostrar os resultados de uma pesquisa sobre decisões da Diretoria da ANEEL referentes aos requerimentos julgados ao longo dos sete primeiros anos de existência da Agência – 1998 a 2004. A pesquisa foca com mais detalhes o período 2001 a 2004, onde se concentram as decisões sobre cerca de 90% dos requerimentos julgados, e procura identificar os temas mais recorridos, com decisões adotadas de forma reiterada, visando propor uma jurisprudência administrativa para o setor elétrico, regulado pela ANEEL.

A formação de jurisprudência tem como mérito facilitar o trabalho do diretor-relator da matéria que não precisará se preocupar em descobrir a motivação necessária à fundamentação da decisão, conferindo, assim, maior agilidade ao processo decisório. Adicionalmente, as súmulas permitem aos agentes e consumidores ter uma visão das condicionantes processuais e legais, conhecer o pensamento das instâncias de decisão, bem como avaliar os riscos que sujeitam suas demandas.

Além de indicar algumas decisões que podem ser sumuladas, o trabalho fornece, também, importantes subsídios para a própria ANEEL, apontando a necessidade de revisão ou de complementação em regulamentos da Agência que, por falta de clareza, estão gerando recursos; e sugerindo melhorias nos procedimentos recursais, visando um melhor entendimento do processo por todos os envolvidos e maior agilidade nas decisões.

ABSTRACT

This dissertation presents the different forms of petition, in the administrative level, available to utilities, consumers and their representative entities in order to assure their rights in relation to acts and decisions adopted by the regulator. Specific procedures to be followed by petitioners and the regulator are presented and commented for each one of the four types of petition: recurso administrativo, pedido de reconsideração, pedido de efeito suspensivo e pedido de invalidação.

The central focus of this document, nevertheless, is to show the results of a research about the decisions taken by ANEEL's Board of Directors related to the petitions judged in the first seven years of the Agency existence – 1998 a 2004. The research focus in detail the years 2001 to 2004, where near 90% of the decisions are concentrated, and tries to identify the issues that generated great number of petitions and reiterated decisions in order to propose the formation of an administrative jurisprudence for the electric sector, regulated by ANEEL.

Formation of jurisprudence has the merit to facilitate the directors' work, because they will not have to search for the motivation to fundament the decision and this will improve the time of response in the decision process. Additionally, jurisprudence will give to utilities and consumers a better understanding of process and legal restrictions, as well they will know the way of reasoning of the last administrative instance, permitting them to evaluate the risks involved in a specific demand.

Besides indicating a set of decisions that can be converted into jurisprudence, this dissertation provides, also, important contributions for ANEEL, pointing the necessity of revising or complementing some Agency's resolutions, that due to lack of clarity, are one of the factors leading to petitions; and suggesting improvements in the procedures, aiming to achieve a better understanding of the process by all parts involved and a reduction both in the number of petitions and the time required to analyze them.

INTRODUÇÃO

Na década de 90, em especial a partir do ano de 1995 com a aprovação da Lei das Concessões (Lei nº 8.987), iniciou-se uma série de mudanças nos setores de infra-estrutura. Entre estas mudanças destacam-se: a revisão do papel do Estado - que deixa de ser o empreendedor e provedor dos serviços públicos e passa a ser um formulador das políticas setoriais - e a criação das agências reguladoras.

As agências reguladoras surgem, então, com uma missão muito importante - garantir um ambiente com regras claras, estabilidade, credibilidade e transparência – de modo a assegurar a qualidade do serviço e a modicidade tarifária, e propiciar aos investidores privados a necessária segurança para aplicar em setores, geralmente intensivos em capital e de longo prazo de retorno dos investimentos.

Em dezembro de 1996, por meio da Lei nº 9.427, foi criada a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, primeira agência reguladora no novo cenário institucional, que, de fato, começou a operar em dezembro de 1997, quando foi empossada sua primeira diretoria.

Como órgão da Administração Pública, a ANEEL tem o dever de assegurar a todos os agentes, consumidores e suas entidades representativas o **direito de ampla defesa e contraditório**, incluindo a possibilidade de recorrer das decisões da agência reguladora quando entenderem que estas contrariam ou desrespeitam qualquer cláusula dos contratos de concessão, atos autorizativos, permissões, ou a legislação e regulamentos aplicáveis.

O objetivo principal deste trabalho é apresentar os resultados de uma pesquisa sobre os recursos administrativos julgados pela Diretoria da ANEEL, como última instância administrativa, ao longo dos sete anos de existência da Agência – 1998 a 2004. A pesquisa procura identificar os temas mais recorridos, o posicionamento da Agência e analisar a possibilidade de formar uma jurisprudência administrativa, no sentido de facilitar futuras decisões sobre temas já julgados e, também, dar aos agentes e consumidores uma visão das condicionantes legais e da linha de entendimento da Diretoria.

Antes de entrar no tema propriamente dito, o capítulo I do presente trabalho delinea um panorama geral da reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro, apresentando os marcos legais e os

novos agentes empresariais e institucionais, bem como os desdobramentos e ajustes ocorridos no modelo setorial em função do racionamento ocorrido no ano de 2001. Complementando este capítulo é apresentada uma visão bastante abrangente da ANEEL, incluindo características gerais, competências específicas da agência e a estrutura adotada para desempenhar suas atividades.

O capítulo II tem o objetivo de dar maior compreensão e visibilidade ao procedimento recursal e, assim, apresenta as diferentes formas de recorrer, no âmbito administrativo, de eventuais interesses afetados. São comentadas as modalidades de requerimento admitidas, a saber: **recurso, pedido de reconsideração, efeito suspensivo e requerimento de invalidação**, bem como os procedimentos a serem seguidos pelo recorrente e no processo decisório. É apresentada e comentada a **Norma Organizacional ANEEL 001**, aprovada pela Resolução nº 233, de julho de 1998, e revisada em fevereiro de 2003, para incorporar melhorias nos procedimentos e se adequar aos ditames da Lei nº 9.784, de 1999, que regula o **processo administrativo** no âmbito da Administração Pública Federal.

No capítulo III são apresentados a forma de realização da pesquisa e o tratamento estatístico dos resultados obtidos, analisando um conjunto de mais de 500 recursos, mais de 200 pedidos de efeito suspensivo e 11 requerimentos de invalidação. Esse volume de dados e informações é trabalhado, buscando identificar, entre outros, os seguintes aspectos: evolução do número de recursos e possíveis correlações com eventos do setor; segmento onde se concentram os recursos, isto é: geração, transmissão, distribuição, comercialização, consumidores; de quem eram as decisões recorridas; causas do não conhecimento de recursos e percentual de sucesso dos pleitos.

O tema central deste trabalho está apresentado no capítulo IV, onde é mostrado, numa primeira etapa, o resultado de uma pesquisa bibliográfica sobre jurisprudência – conceitos, funções e aplicação na Administração Pública. Numa etapa seguinte é feita uma análise dos temas mais recorridos na ANEEL, entrando agora no mérito e na fundamentação das decisões, com o objetivo de identificar decisões e interpretações adotadas de forma reiterada pela Diretoria sobre os temas mais recorridos e propor uma jurisprudência administrativa da ANEEL.

Por fim, no capítulo V são destacadas as conclusões principais do trabalho, indicando algumas decisões que poderiam ser sumuladas; apontando a necessidade de revisão ou de complementação em regulamentos da Agência que, por falta de clareza, possam estar gerando recursos; e sugerindo melhorias nos procedimentos recursais, visando um melhor entendimento do processo por todos os envolvidos, maior transparência e agilidade nas decisões.

I. REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO E PAPEL DA ANEEL

A reestruturação do setor de energia elétrica, iniciada no Brasil nos anos 90, teve como eixo principal implementar a competição nas relações de compra e venda de energia e, também, criar regras e mecanismos que atraíssem o capital privado para a expansão deste importante setor de infraestrutura, abrindo os diversos segmentos do setor – geração, transmissão, distribuição e comercialização - aos investimentos privados.

No sentido de atingir os objetivos acima, e conforme detalhado mais adiante neste trabalho, diversas mudanças importantes foram introduzidas no setor elétrico brasileiro, a partir dos marcos legais iniciais: Leis 8.631/93, 8.987/95 e 9.074/95; da privatização da maioria das concessionárias de distribuição; e do início da privatização das geradoras federais e estaduais. Entre as mudanças implementadas, cabe destacar as seguintes:

- extinção de áreas de concessão para a geração - as concessões de geração não são mais “dadas” à concessionária que atua na região do empreendimento, passando a ser licitadas;
- criação do Produtor Independente de Energia – PIE, que diferentemente do gerador de serviço público, opera por sua conta e risco, sem mercado garantido;
- criação do consumidor livre, que pode escolher livremente seu fornecedor;
- criação do comercializador - agente sem ativos físicos - que, lastreado em uma combinação adequada de contratos de compra de energia, será uma opção de fornecimento aos consumidores livres;
- criação da agência reguladora do setor elétrico, com o objetivo de regular e fiscalizar a prestação do serviço de energia elétrica - num novo ambiente com agentes privados e estatais – visando a modicidade tarifária e a melhoria contínua do serviço;
- expansão da Rede Básica, malha principal de transmissão, por meio de um planejamento determinativo e através de licitação aberta à entrada de novos agentes;
- criação do livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, para permitir a livre comercialização de energia elétrica dentro do sistema interligado nacional;
- procedimentos de autorização para usinas termelétricas, pequenas centrais hidrelétricas – PCH e fontes alternativas, que agilizam a outorga a investidores devidamente qualificados.

I.1 Breve Histórico da Reestruturação

Desde o início da década de 80, percebia-se a necessidade de mudanças de ordem estrutural e institucional no setor de energia elétrica, pois o modelo estatal de desenvolvimento, implantado no país a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e que produziu excelentes resultados ao longo de um período de 30 anos, começou a apresentar sinais de desgaste no final dos anos 70. As dificuldades crescentes que o setor passou a vivenciar tiveram origem em aspectos de ordem econômico-financeira e político-institucional, entre os quais destacam-se:

- a partir das duas crises do petróleo, em 1973 e 1979, o desequilíbrio na balança comercial e a necessidade de investimentos na prospecção de petróleo e em programas energéticos alternativos (como o Pró-álcool), reduziram os recursos internos disponíveis e a capacidade do Estado em realizar os investimentos necessários para assegurar a expansão do setor elétrico;
- a disponibilidade de recursos externos também se viu reduzida e associada a juros mais elevados e maiores exigências quanto a garantias e viabilidade ambiental dos empreendimentos;
- as tarifas de energia elétrica foram submetidas a contínuos e rígidos controles por parte do Governo, como instrumento de políticas antiinflacionárias, tornando-se insuficientes e levando a um alto nível de inadimplência entre empresas e falta de recursos para re-investimento;
- a equalização tarifária e a remuneração garantida sobre os ativos, viabilizadas por transferências financeiras, através da Conta de Resultados a Compensar - CRC, induziram à ineficiência empresarial;
- utilização das concessionárias, por vezes, para equilibrar o balanço de pagamento do País, através da captação de recursos e execução de empreendimentos antieconômicos, associados a políticas de desenvolvimento regional.

Na segunda metade da década de 1980, os problemas econômicos do país agravaram as dificuldades do setor elétrico, tendo sido adotadas algumas medidas para solucionar aspectos específicos. Uma delas foi o Plano de Recuperação Setorial (PRS), elaborado pela Eletrobras, com o objetivo de sanear financeiramente as concessionárias do setor, que deu fôlego momentâneo à capitalização das empresas, mas acabou sucumbindo às altas taxas de inflação. Uma das principais

características do plano, que chegou a contar com o apoio do Banco Mundial, era a transferência da dívida externa do setor elétrico para o governo federal - uma idéia que acabou sendo atropelada pelas crescentes exigências da política antiinflacionária.

Outra iniciativa foi a criação da Comissão de Revisão Institucional do Setor Elétrico - REVISE, em 1988, com os objetivos de analisar e diagnosticar os problemas do setor e propor as mudanças institucionais e estruturais necessárias. O relatório executivo de propostas do REVISE, de abril de 1989, apresentava um diagnóstico muito bom da situação do setor naquele momento, mas não havia convergência sobre os caminhos e alternativas a serem seguidas, nem determinação política de se dar início à reestruturação.

Em 12 de abril de 1990, por meio da Lei nº 8.031, foi criado o Programa Nacional de Desestatização – PND, cujo impulso inicial foi direcionado à privatização dos parques siderúrgicos e petroquímicos. A partir de 1995 ocorreu a inclusão no PND dos setores de energia elétrica, telecomunicações e transportes, bem como a abertura das indústrias petrolíferas e de mineração.

Em 04 de março de 1993 foi promulgada a **Lei 8.631**, considerada por muitos como **primeiro movimento legal em direção à reforma do setor**. Esta lei implantou a desequalização tarifária, extinguiu a remuneração garantida, promoveu o acerto de créditos na Conta de Resultados a Compensar - CRC, redefiniu a Reserva Global de Reversão - RGR e criou a Conta de Consumo de Combustíveis - CCC para os Sistemas Isolados, além de estabelecer a obrigatoriedade da celebração dos contratos de suprimento.

Embora este instrumento tenha produzido um reordenamento financeiro no setor, não foi eficiente, no sentido de recuperar o valor real das tarifas. Adicionalmente, nos anos 90 outros fatores vieram agravar a crise no setor elétrico brasileiro: a insuficiência de investimentos nas décadas anteriores; o aquecimento da economia provocado pelo Plano Real e a escassez de recursos do Governo e das empresas para realizar os investimentos requeridos para a expansão da oferta de energia elétrica.

Em 1995, foram promulgadas **duas leis que são consideradas os marcos fundamentais na definição do novo modelo** e na reestruturação dos setores de infra-estrutura: (i) **Lei nº 8.987**, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art.

175 da Constituição Federal, e (ii) **Lei nº 9.074**, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões no setor elétrico.

A Lei nº 9.074 criou a figura do produtor independente de energia elétrica - PIE, assegurou o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, e estabeleceu critérios para que os consumidores pudessem escolher livremente o seu fornecedor de energia elétrica, introduzindo, assim, a competição na comercialização de energia elétrica. A referida lei estabeleceu um ordenamento legal mínimo e os principais contornos e diretrizes para o desenvolvimento dos trabalhos de reestruturação do setor elétrico brasileiro.

Ainda em 1995, com base nos textos legais acima mencionados, iniciaram-se as privatizações no setor elétrico, tendo ocorrido em junho deste ano o leilão da primeira concessionária de distribuição – a ESCELSA – na qual o Governo Federal, através da Eletrobras, detinha 72% do capital. Ao mesmo tempo, se desenvolviam estudos detalhados do Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro - RESEB, e no âmbito legislativo se discutia o projeto de Lei de criação da agência reguladora do setor elétrico.

Em 1996, o Governo Federal - considerando o quadro do setor que sinalizava riscos de déficits crescentes, caso não houvesse uma retomada dos investimentos, e impulsionado por um movimento de profundas transformações implantadas nos setores de infra-estrutura de outros países como Inglaterra, Chile e Argentina - contratou, através do Ministério de Minas e Energia, um consórcio liderado pela consultoria **Coopers & Lybrand** com o objetivo de estabelecer uma proposta abrangente de arranjos institucionais, comerciais e regulamentares que proporcionassem uma base sólida para o desenvolvimento futuro do setor.

O Termo de Referência que orientou os trabalhos dos consultores estabeleceu que a reestruturação proposta deveria atender os seguintes objetivos principais:

- a) assegurar **suprimento seguro e confiável** de energia elétrica para o País e **acesso à energia elétrica para as populações ainda não atendidas**;
- b) estabelecer condições para **incentivar a eficiência econômica em todos os segmentos do setor**, notadamente através da maximização da concorrência;
- c) apoiar o desenvolvimento de potenciais hidrelétricos econômicos como maior fonte de energia nacional;

d) criar condições que dessem apoio à continuidade do programa de privatização, tornando os **novos investimentos atrativos para o setor privado**, particularmente através de **alocação adequada dos riscos**.

As propostas do relatório final da Coopers & Lybrand, acima citado, deram origem ao **terceiro marco legal da reforma do Setor Elétrico, a Lei n.º 9.648, de maio de 1998**, que alterou alguns dispositivos das leis n.º 8.987/95, n.º 9.074/95 e n.º 9.427/96 - de modo a dar coerência e consistência ao modelo - e estabeleceu as regras de transição para o modelo competitivo na compra e venda de energia, e as competências básicas de dois novos agentes institucionais: o Operador Nacional do Sistema Elétrico – **ONS** e o Mercado Atacadista de Energia – **MAE**.

Ainda em 1998, o Decreto nº 2.655 veio regulamentar os dois novos agentes institucionais, definindo as regras de organização do ONS, estabelecendo que o MAE seria instituído através de Acordo de Mercado, e definindo diretrizes para as regras de mercado. O ONS iniciou seu funcionamento em fevereiro de 1999, autorizado pela Resolução ANEEL nº 351, de 11/11/98, assumindo as atividades e atribuições de coordenação e controle da operação da geração e transmissão no Sistema Interligado Nacional - SIN. O MAE iniciou suas atividades em setembro de 2000, após a aprovação das regras de mercado pela Resolução ANEEL nº 290, de 03/08/00, e passou a administrar todos os contratos de compra e venda de energia elétrica e publicar preços mensais de energia de curto prazo; a partir de julho de 2001 os preços passaram a ser calculados com periodicidade semanal.

A reestruturação do setor elétrico, porém, não teve a continuidade necessária no segundo mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, iniciado em 1999. Não acontecerem movimentos previstos como a desverticalização das concessionárias e a cisão e privatização das empresas de geração do grupo ELETROBRAS. Adicionalmente, ocorreram dificuldades na operacionalização do agente de mercado – MAE, criado como entidade auto-regulada, e que devido a problemas de governança não estava conseguindo fechar a contabilização e liquidação no mercado de curto prazo.

Uma outra condição desfavorável se verificou na expansão do parque gerador, pois os investimentos em **novos empreendimentos de geração** ficaram paralisados entre 1988 e 1995, pela falta de edição de lei complementar estabelecendo as regras de licitação de concessões, uma vez que a Constituição de 1988 tinha tornado obrigatória a concessão por meio de licitação. A Figura I.1.1, mostrada a seguir, apresenta a evolução da capacidade instalada de geração no período 1981-2005.

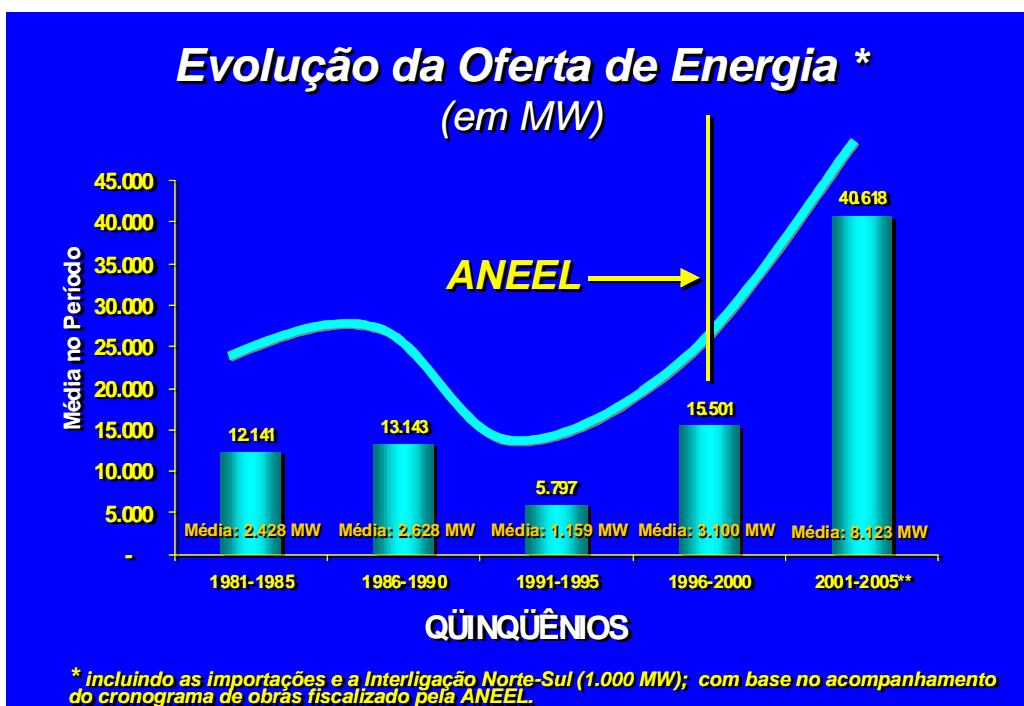


Figura I.1.1 – Evolução da Oferta de Energia Elétrica (fonte: ANEEL)

Verifica-se acima que nos quinquênios 1986-1990 e 1991-1995, o acréscimo anual médio de capacidade foi, respectivamente, de 2628 MW e 1159 MW, sendo que no mesmo período a demanda cresceu a valores médios de 5% a.a. Portanto, para manter o equilíbrio entre oferta e demanda de energia elétrica, a capacidade instalada de geração deveria ter crescido entre 3000 MW e 3500 MW por ano.

I.2 O Racionamento de 2001 e seus Impactos no Modelo

Em função do descasamento entre o aumento da oferta e o crescimento da demanda apontado no item anterior, os principais reservatórios das usinas do Sistema Interligado vinham sendo deplecionados mais do que o razoável. Estes fatos, associados a um período de baixíssimas precipitações pluviométricas no final do ano 2000 e início de 2001, considerado um dos piores em 70 anos de histórico, levou à necessidade de **racionamento de energia elétrica**.

O programa de racionamento nas Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste foi iniciado em 1º de junho de 2001 e na Região Norte no dia 15 de agosto de 2001 para os grandes consumidores e no dia 20 de agosto para os demais consumidores.

Em 28 de junho de 2001 foi criada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, por meio da Medida Provisória nº 2.198-3. A GCE foi instalada no âmbito da Presidência da República e a ela foram atribuídos poderes extraordinários sobre temas cuja competência pertence ao Poder Executivo. Isto deu à GCE, coordenada pelo Ministro Chefe da Casa Civil, Pedro Parente, a agilidade necessária para enfrentar a urgência do problema de suprimento de energia elétrica.

Em 19 de fevereiro de 2002, durante reunião plenária da GCE, dados apresentados pelo ONS mostravam que os reservatórios haviam atingido um nível satisfatório e suficiente para permitir ao Governo deliberar sobre a suspensão do racionamento. O programa de oferta de energia elétrica previsto para 2002 e 2003 e os níveis dos reservatórios observados no final de fevereiro, permitiam afirmar que o País poderia passar os próximos dois anos sem risco de déficit energético, mesmo no caso de futuras situações hidrológicas extremamente desfavoráveis.

Assim, em 28 de fevereiro de 2002 encerrou-se o programa de racionamento nas Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste. Na Região Norte, o racionamento já havia terminado no dia 1º de janeiro de 2002.

Os questionamentos e discussões sobre as causas que levaram ao racionamento e as medidas adotadas para gerenciar a crise de falta de energia, **levaram a uma série de propostas de ajustes no modelo do setor elétrico, no âmbito do Comitê de Revitalização do Modelo**, criado pela GCE – Comissão de Gestão da Crise de Energia.

Durante o período de racionamento, a GCE – além de propor ações para redução do consumo e aumento da oferta e monitorar, permanentemente, a evolução do nível dos reservatórios – avaliou medidas a serem tomadas em duas outras áreas: i) atenuação dos efeitos econômicos e sociais do racionamento; e ii) **Revitalização do Modelo do Setor Elétrico**.

Para evitar a repetição de problemas no suprimento de energia elétrica nos anos posteriores a 2003, a GCE concluiu ser indispensável:

- a) continuar as obras que estavam no programa estrutural;
- b) concluir, aprovar e implementar as medidas propostas pelo Comitê de Revitalização, com os aperfeiçoamentos surgidos em sua discussão pública e com o Congresso Nacional;

- c) um Programa Emergencial de Contratação de Energia, utilizando usinas térmicas, que deveria estar disponível no sistema até julho de 2002, servindo como um seguro para o sistema elétrico. Para gerenciar o processo de aquisição dessa energia foi criada a **CBEE - Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial**, a qual tem previsão de prazo de existência limitado a 31 de dezembro de 2006;
- d) concluir a re-institucionalização do setor, em especial a reestruturação do Ministério de Minas e Energia.

Entre os diversos comitês de estudos criados pela GCE, é importante mencionar dois, que tiveram reflexo no arcabouço legal do setor elétrico: o **Comitê Técnico do Mercado Atacadista de Energia Elétrica** e o **Comitê de Revitalização do Modelo de Setor Elétrico**. O primeiro tinha como finalidade analisar e revisar as regras de funcionamento do Mercado Atacadista de Energia Elétrica, no sentido de resolver problemas que estavam travando a operacionalização do MAE, como os procedimentos de contabilização e liquidação, a arbitragem de conflitos entre agentes e maior transparência na determinação dos preços de energia no mercado “spot”.

Como consequência dos estudos e discussões no âmbito deste Comitê, foi emitida a MP 29, de 2002, posteriormente convertida na **Lei nº 10.433**, de 24 de abril de 2002, que em seu art. 1º estabeleceu: *“fica autorizada a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, submetido à autorização, regulamentação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL....”*.

O Comitê de Revitalização do Modelo, criado em junho de 2001 pela Resolução 18 da GCE, teve a missão de encaminhar propostas para corrigir disfunções e propor aperfeiçoamentos no modelo, e deveria, na realização de seus trabalhos, levar em conta as seguintes diretrizes:

- I - a necessidade de **preservar os princípios básicos do Modelo**, fundados na existência de **competição, prevalência do investimento privado**, oferta de energia compatível com as necessidades de desenvolvimento do País e de qualidade dos serviços;
- II - o resultado dos trabalhos da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica, comissão esta que tinha avaliado as causas do racionamento e proposto em seu relatório final algumas medidas corretivas no modelo.

Uma das principais atividades do Comitê de Revitalização foi a realização do **Acordo Geral do Setor**, concretizado em dezembro de 2001. Esse acordo permitiu a solução definitiva das controvérsias

regulatórias e contratuais entre os agentes e estabeleceu as regras para a recomposição tarifária extraordinária – RTE e o financiamento do BNDES ao setor de modo a evitar um choque tarifário.

Algumas das recomendações do Comitê de Revitalização foram inseridas na MP 14, de 21 de dezembro de 2001, convertida na **Lei nº 10.438**, de 26 de abril de 2002. Esta nova lei dispõe sobre:

- a) a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, formalizando a **criação da CBEE** e a forma de repasse aos consumidores finais dos encargos de capacidade e de energia;
- b) a **Recomposição Tarifária Extraordinária - RTE**, criada para repor perdas, efetivamente comprovadas, das distribuidoras durante o período de racionamento;
- c) o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – **PROINFA**;
- d) as **diretrizes para a universalização** do serviço público de energia elétrica;
- e) a **Conta de Desenvolvimento Energético – CDE** – fundo cujos recursos serão destinados a cobrir os incentivos do PROINFA e custos associados à universalização.

Outras recomendações do Comitê de Revitalização foram efetivadas por meio de resoluções do CNPE, posteriormente convertidas em decretos publicados em dezembro de 2002: Decreto nº 4.541, regulamenta diversos artigos da Lei 10.438; Decreto nº 4.550, regulamenta a comercialização de energia elétrica gerada pela ELETROBRAS e por ITAIPU Binacional; e Decreto nº 4.562, que dispõe, entre outros, sobre compra de energia elétrica das concessionárias de serviço público de distribuição.

No início do ano de 2003 tomou posse o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que no seu programa de governo, amplamente divulgado e discutido no período das eleições, defendia uma série de mudanças na área de energia, em especial no Setor Elétrico. A visão dos elaboradores do programa de energia do governo Lula era de que o modelo implantado no setor elétrico na gestão anterior não tinha resolvido os problemas do setor, além de ter sido a maior causa do racionamento de energia elétrica ocorrido em 2001.

Entendo que esta é uma visão simplista do problema, pois, como já foi citado anteriormente, o modelo proposto pelos estudos do RESEB não foi implantado integralmente e sua implantação iniciou-se num momento de margem insuficiente na capacidade de geração instalada e com os principais reservatórios já não cumprindo a sua função de regularização plurianual.

Em 10 de dezembro de 2003, o Governo, após a elaboração pelo MME de uma nova proposta de modelo e discussão da mesma com entidades representativas dos agentes e da sociedade, encaminhou ao Congresso as **Medidas Provisórias nº 144 e 145**. A primeira MP foi convertida na Lei nº 10.848 e a segunda MP foi convertida na Lei nº 10.847, ambas de março de 2004, implantando uma série de ajustes no modelo do setor elétrico, entre os quais destacam-se as formas e procedimentos para comercialização de energia e a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE. Os ajustes foram, posteriormente, complementados pelos seguintes Decretos:

5.163, de 30.7.2004 Publicado no DOU de 30.7.2004 - Edição Extra. Retificado no DOU de 4.8.2004	Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências.
5.175, de 9.8.2004 Publicado no DOU de 10.8.2004	Constitui o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE de que trata o art. 14 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004.
5.177, de 12.8.2004 Publicado no DOU de 16.8.2004	Regulamenta os arts. 4º e 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.
5.184, de 16.8.2004 Publicado no DOU de 17.8.2004	Cria a Empresa de Pesquisa Energética - EPE, aprova seu Estatuto Social e dá outras providências.

Para encerrar estes itens referentes à reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro, apresenta-se na Figura I.1.2, a seguir, a estrutura institucional do setor, considerando os ajustes introduzidos pelas leis e decretos aprovados a partir do final de 2003.

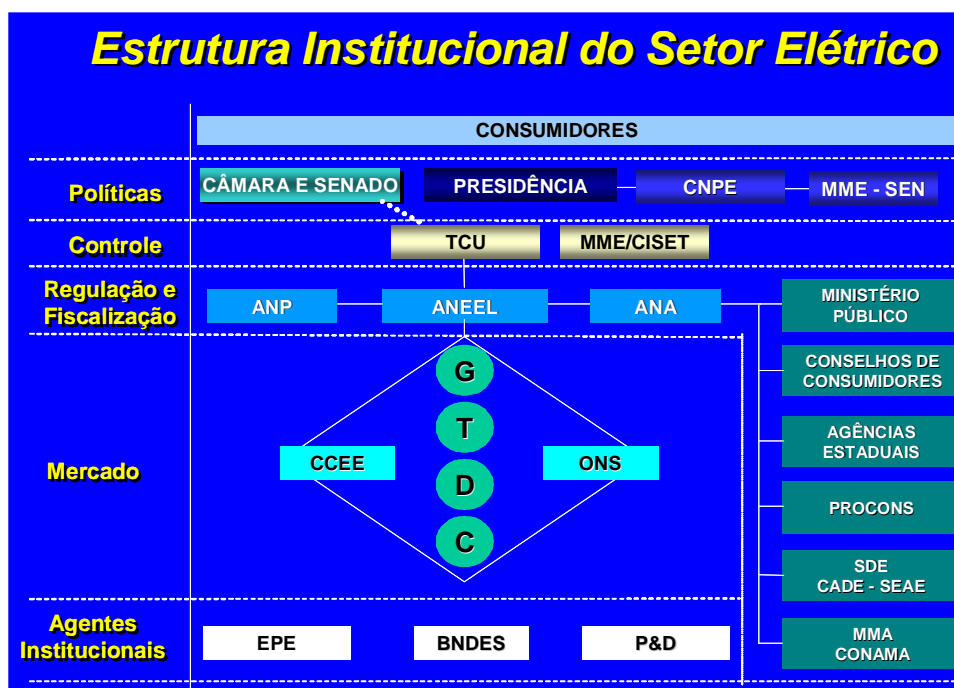


Figura I.1.2 – Estrutura Institucional do Setor Elétrico (fonte: ANEEL)

Com relação à figura anterior, cabe destacar que a definição das políticas setoriais é de competência dos poderes legislativo e executivo, sendo este último poder assessorado pelo Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE e pelo Ministério de Minas e Energia. A ANEEL tem assento no CNPE, sem direito a voto, com o objetivo de subsidiar tecnicamente a elaboração das políticas. Além do ONS e da CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (que substituiu o MAE), outros agentes institucionais são indicados na figura: a EPE – Empresa de Pesquisa Energética, responsável pelo planejamento integrado dos setores de energia e pela indicação dos empreendimentos de transmissão e de geração a serem licitados; e o BNDES, órgão de financiamento federal, que apresenta linhas de crédito para empreendimentos do setor elétrico.

I.3 ANEEL - Papel e Competências da Agência Reguladora

A ANEEL foi constituída como autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, mas com autonomia administrativa, decisória e financeira. Das decisões da Diretoria da ANEEL, que devem estar pautadas nas suas atribuições legais e nos princípios do Direito Administrativo, só cabe recurso ao Poder Judiciário. A autonomia financeira é garantida pela receita proveniente da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE, instituída na sua lei de criação e devida pelos concessionários, permissionários e autorizados.

Entre os aspectos relevantes e inovadores introduzidos pelo diploma legal que criou a ANEEL, devem ser destacados: a nomeação dos diretores mediante prévia autorização do Senado Federal, com mandato fixo e não coincidentes; a vinculação de ex-dirigentes à autarquia por quatro meses após o exercício do cargo; a criação da função de Ouvidor, cuja incumbência será receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários; o instituto da Audiência Pública, sempre que o processo decisório afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores; e a mediação para dirimir divergências entre agentes, bem como entre esses agentes e seus consumidores.

A missão da ANEEL está definida no art. 3º do Decreto 2.335/97: *“Proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”*, e no desempenho de sua missão as seguintes diretrizes internas norteiam as ações da ANEEL, visando desenvolver uma regulação consistente, eficiente e a mais estável possível:

- prevenção de potenciais conflitos, por meio de ações e canais que estabeleçam adequado relacionamento com os agentes do setor de energia elétrica e demais agentes da sociedade;
- criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica;
- adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade de carga baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;
- educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica;
- transparência e efetividade nas relações com a sociedade.

No decreto acima citado estão também definidas as competências da ANEEL, detalhando e especificando melhor as incumbências estabelecidas no art. 3º da Lei 9.427, de 1996. Cabe destacar as seguintes competências relacionadas no artigo 4º, Anexo I do Decreto 2.335/97:

I - **implementar as políticas e diretrizes do governo federal** para a exploração de energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica;

II - **incentivar a competição** e supervisioná-la em todos os segmentos do setor de energia elétrica;

III - **propor os ajustes e as modificações na legislação** necessários à modernização do ambiente institucional de sua atuação;

IV - **regular os serviços de energia elétrica**, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor;

(.....)

VII - **aprovar metodologias e procedimentos** para otimização da operação dos sistemas interligados e isolados, para acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e para comercialização de energia elétrica;

(.....)

XIV - **fiscalizar a prestação dos serviços e instalações de energia elétrica** e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

(.....)

XVI - **estimular a melhoria do serviço prestado** e zelar, direta e indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de proteção e defesa do consumidor;

(.....)

XIX - **dirimir, no âmbito administrativo, as divergências** entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, entre esses agentes e seus consumidores, bem como entre os usuários dos reservatórios de usinas hidrelétricas;

(.....)

XXXIX - **celebrar convênios de cooperação, em especial com os Estados e o Distrito Federal, visando à descentralização das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização**, mantendo o acompanhamento e avaliação permanente da sua condução.

A estrutura organizacional da ANEEL foi concebida com dois níveis hierárquicos: **a Diretoria**, que decide em regime de colegiado e à qual estão subordinadas a Secretaria Geral e a Auditoria Interna; e **as Superintendências**, num total de vinte, organizadas por processos finalísticos. Existe, também, na estrutura uma Procuradoria Federal, vinculada à Advocacia Geral da União, que presta consultoria nas áreas jurídica e legal.

Cabe destacar que parte das atividades da ANEEL é executada por meio de convênios de descentralização celebrados com Agências Reguladoras estaduais, seguindo a diretriz definida no inciso XXXIX, acima transcrito. O objetivo destes convênios é tornar mais ágil e presente o atendimento às necessidades dos agentes e consumidores, quanto à qualidade do serviço prestado. Nesse sentido, numa primeira etapa, são delegadas às Agências Estaduais as atividades de fiscalização e mediação (ouvidoria), e na medida em que estas agências tenham capacitação adequada, podem também apoiar as atividades de regulação e instrução dos processos de concessão, de forma a tornar os regulamentos melhor adaptados às circunstâncias e características regionais/locais.

A Resolução ANEEL n.º 296, de 11 de setembro de 1998, estabelece os procedimentos para descentralização, definindo os requisitos para celebração do convênio, a forma de execução e acompanhamento. Em seu art. 20 a citada resolução estabelece que as atividades descentralizadas serão suportadas por recursos financeiros advindos de parte da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TFSEE, arrecadada na respectiva Unidade da Federação.

Com o objetivo de cumprir as atribuições e competências legais acima indicadas, as atividades da ANEEL estão concentradas em quatro macro-processos finalísticos: (i) regulação, (ii) fiscalização, (iii) mediação e (iv) outorga. Cada um desses macro-processos, será comentado a seguir, apresentando as principais atribuições, características e princípios que orientam as atividades das respectivas superintendências, bem como alguns regulamentos aplicáveis a cada atividade.

I.3.1 Regulação

A regulação tem por objetivo elaborar e expedir os regulamentos necessários à implementação das políticas e ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação aplicável ao setor elétrico, visando, entre outros aspectos:

- a) **assegurar a prestação de um serviço adequado**, compatível com as necessidades regionais;
- b) **incentivar tecnologias e procedimentos eficientes**, visando a modicidade tarifária;
- c) **incentivar a competição** nos segmentos onde está for viável, eliminando barreiras à entrada de novos agentes e **definindo as regras de acesso** aos sistemas de transmissão e distribuição;
- d) atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de **definição dos preços e tarifas**, homologando seus valores iniciais, **reajustes e revisões**;
- e) **atualizar os regulamentos** em decorrência de alterações legais e das inovações tecnológicas.

A regulação para garantir um serviço adequado, tem que considerar uma série de aspectos estabelecidos na Lei 8.987/95, em seu art. 6º, § 1º, quais sejam: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas. A **regularidade** tem a ver com a entrega de um produto estável (tensão, frequência) e sem impurezas (harmônicos, *flicker*). A **segurança** deve abranger, além da confiabilidade das instalações, a minimização de riscos para terceiros. A **atualidade** tem a ver com a modernidade das técnicas e equipamentos, bem como a manutenção e expansão da rede e a **generalidade** é o conceito de ampliar o atendimento à população que ainda não tem acesso ao serviço de energia elétrica (universalização).

Para a elaboração dos regulamentos, a ANEEL estabeleceu alguns **princípios** que devem ser sempre verificados e assegurados: atendimento do Interesse Público; isonomia de tratamento;

consistência dos regulamentos com a legislação e o modelo setorial; efetividade e simplicidade das regras; transparência na elaboração; e estabilidade dos regulamentos. A **transparência** tem sido buscada por meio da realização de Audiências Públicas, previamente à aprovação dos regulamentos pela Diretoria da ANEEL, mecanismo este que precisa ser aperfeiçoado no sentido de ampliar a participação e de melhorar o retorno de informações para aqueles que apresentam contribuições. A **estabilidade** é altamente desejável para minimizar o risco regulatório e viabilizar os investimentos privados, entretanto, este quesito fica submetido à necessidade de atualização dos regulamentos em função dos avanços tecnológicos e das alterações legais e estas tem sido muito freqüentes.

No sentido de executar de forma adequada e especializada as atribuições do macro-processo regulação esta área da ANEEL conta com seis superintendências, cujas principais atribuições apresentamos a seguir:

a) Superintendência de Regulação dos Serviços de Geração - SRG

Regulamenta de uma forma ampla os procedimentos e requisitos aplicáveis aos diversos agentes de geração: gerador de serviço público; produtor independente de energia – PIE; autoprodutores e cogeneradores, bem como as características mínimas a serem atendidas nos estudos de inventário, estudos de viabilidade, projeto básico e projeto executivo dos empreendimentos associados.

Adicionalmente, a SRG é responsável por: (i) regulamentar os indicadores de qualidade aplicáveis na geração, bem como estabelecer e monitorar critérios de nível de armazenamento dos reservatórios, que sinalizem possíveis problemas de abastecimento futuro do mercado; (ii) definir os serviços ancilares prestados pelos empreendimentos de geração (produção de energia reativa, operação como compensador síncrono, etc.), bem como a sistemática de contratação e pagamento destes serviços; (iii) regulamentar os incentivos concedidos, por políticas setoriais, a fontes alternativas ou empreendimentos que venham substituir geração térmica a óleo nos sistemas isolados.

b) Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão - SRT

Regulamenta os seguintes temas: critérios para que uma instalação de transmissão seja incluída na Rede Básica - RB; procedimentos de acesso e tarifas de uso da Rede Básica - TUST; critérios de expansão e de rateio dos encargos das Demais Instalações de Transmissão – DIT (instalações que fazem parte dos ativos das Concessionárias de

Transmissão, mas não integram a RB), também chamada de Rede Compartilhada, pois em geral atendem mais de uma distribuidora.

Adicionalmente, a SRT é responsável por: (i) publicação anual da TUST (são tarifas nodais, com sinal locacional, com vigência a partir de 1º de julho de cada ano); (ii) homologação dos Procedimentos de Rede, elaborados pelo ONS (que inclui entre outros os indicadores de desempenho da RB); (iii) Autorizações para ampliações e reforços na RB, definindo a Receita Anual Permitida para as mesmas.

c) Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição - SRD

Regulamenta os seguintes temas: procedimentos de acesso e metodologia de cálculo das tarifas de uso dos sistemas de distribuição - TUSD; indicadores de qualidade no fornecimento aos consumidores finais (já regulados indicadores de continuidade, nível de tensão e tempos de atendimento); critérios e procedimentos para compartilhamento da infra-estrutura com outros serviços (telefonia, TV a cabo).

Adicionalmente, a SRD é responsável por: (i) elaboração dos Procedimentos de Distribuição, que irão estabelecer procedimentos e critérios para expansão da rede, detalhar os procedimentos de acesso e definir requisitos operacionais e dos sistemas de medição; (ii) calcular anualmente, na data de aniversário do contrato de concessão, o reajuste ou revisão da TUSD para cada concessionária de distribuição; (iii) definir novos indicadores de continuidade para cada concessionária no ano das respectivas revisões tarifárias, de modo a se ter uma melhoria contínua dos indicadores.

d) Superintendência de Regulação da Comercialização de Eletricidade - SRC

Regulamenta de uma forma ampla o relacionamento dos **comercializadores** de energia elétrica com os consumidores finais, incluindo: tipos e formas de contratos, prazos de atendimento, sistemática de faturamento, critérios para suspensão do fornecimento e para apuração e cobrança de irregularidades na medição.

Adicionalmente, a SRC é responsável por: (i) regulamentar, de acordo com as políticas definidas em lei, a **universalização** do atendimento, definindo: prazos, procedimentos para elaboração dos Programas de Universalização e indicadores para acompanhamento das metas de universalização; (ii) definir critérios que possibilitem, gradualmente, a um número

cada vez maior de consumidores se tornarem **consumidores livres**, podendo escolher o seu fornecedor e aumentando a competição no setor.

e) Superintendência de Regulação Econômica - SRE

Regulamenta a metodologia, critérios e procedimentos para a revisão tarifária prevista nos contratos de concessão, incluindo, entre outros aspectos: base de remuneração, taxa de remuneração e o Fator X, que a partir da primeira revisão tarifária passa a ser considerado nos reajustes anuais, no sentido de repartir com os consumidores os ganhos de produtividade da concessionária. Este tema foi bastante discutido no ano de 2002 e 2003, em função de que neste último ocorreu a primeira revisão tarifária de 17 concessionárias de distribuição.

Adicionalmente, a SRE é responsável por: (i) definir e reajustar as tarifas das pequenas distribuidoras, assim consideradas aquelas que possuem um mercado até 500 GWh/ano; (ii) calcular o reajuste do preço dos Contratos Iniciais, contratos bilaterais regulados em quantidade e preço; (iii) calcular anualmente para cada distribuidora o reajuste ou revisão tarifária; (iv) promover o realinhamento tarifário, que vai fazer com que a partir de 2008 todos os consumidores paguem o mesmo preço pela energia, eliminando os subsídios cruzados atualmente existentes.

f) Superintendência de Estudos Econômicos e de Mercado - SEM

Regulamenta de uma forma ampla o relacionamento de compra e venda de energia elétrica entre agentes, incluindo: a regulamentação do MAE, a homologação das regras e procedimentos do mercado atacadista, os leilões públicos de compra e venda de energia, o registro dos contratos bilaterais, as revisões e aditivos dos montantes de energia e demanda alocado aos Contratos Iniciais.

Adicionalmente, a SEM é responsável por: (i) regulamentar e acompanhar a participação dos agentes, e seus respectivos controladores, no mercado nacional e regional de geração, distribuição e comercialização, visando limitar o poder de mercado dos mesmos; (ii) apoiar, emitindo pareceres técnicos, os órgãos de defesa da concorrência: CADE, SDE e SeAE nos estudos de fusão, aquisição e outros envolvendo empresas do setor elétrico; (iii) monitorar em conjunto com a SRE e SFF os contratos bilaterais, de modo a evitar movimentos predatórios à modicidade tarifária e/ou a uma competição transparente e justa.

I.3.2 Fiscalização

A fiscalização visa assegurar que as concessionárias e permissionárias cumpram suas obrigações previstas na legislação, nos contratos de concessão e nos regulamentos emitidos pela ANEEL. A fiscalização já se inicia na etapa de implantação dos empreendimentos de geração e transmissão, visando garantir a sua entrada em operação no prazo previsto no edital de licitação ou no ato autorizativo.

Nas concessionárias de distribuição, a fiscalização verifica a adequação e segurança das instalações, os sistemas de atendimento ao cliente e a existência e execução de um programa de obras que assegure o atendimento do mercado futuro. Existe também uma fiscalização com foco nos aspectos econômico-financeiro, que visa acompanhar e avaliar a gestão dos ativos e a solidez empresarial das concessionárias.

O decreto de constituição da ANEEL, no capítulo que trata da Fiscalização, determina que essa ação deve visar "*...primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados*".

A ANEEL realizou um grande esforço visando a descentralização, tendo sido firmados até o momento convênios com 13 (treze) agências estaduais. Nos estados onde existe o convênio a fiscalização, a ouvidoria e mediação têm sido feitas pelas agências conveniadas, e nos demais estados a fiscalização é feita com o pessoal próprio e/ou contratado.

A atividade de fiscalização pode ser: i) **periódica** - baseada em um Programa Anual de Fiscalização, previamente elaborado, na qual é verificado, de uma maneira geral, o atendimento ao contrato de concessão e à legislação do setor elétrico; ii) **emergencial** – motivada por ocorrência grave no sistema que impacte a qualidade e/ou o atendimento de eletricidade (ex.: desligamentos abrangendo uma grande área e/ou com longo tempo de restabelecimento do serviço); ou iii) **eventual** – não rotineira, motivada por outras causas que não a emergencial (ex.: número excessivo de reclamações junto à Ouvidoria da ANEEL; violação sistemática dos indicadores de qualidade do serviço; ou denúncia/suspeita de irregularidade levantada pela imprensa, Ministério Público e instituições credenciadas e de defesa do consumidor).

Concluída a fiscalização, a equipe elabora um Relatório de Fiscalização que é encaminhado à empresa em anexo ao Termo de Notificação - TN, que indica as não-conformidades e estabelece determinações e prazos para regularização. Dependendo da gravidade das não-conformidades e das justificativas apresentadas pela concessionária, pode ser aberto um processo punitivo, com a emissão do Auto de Infração – AI.

A Figura I.3.2, a seguir, mostra o fluxograma do processo de fiscalização até a etapa do recurso administrativo, caso seja emitido o AI, indicando em cada etapa os prazos para manifestação da concessionária. Este processo será tratado em maiores detalhes no item II.2 – “Processos Punitivos e a Resolução nº 063/2004”.

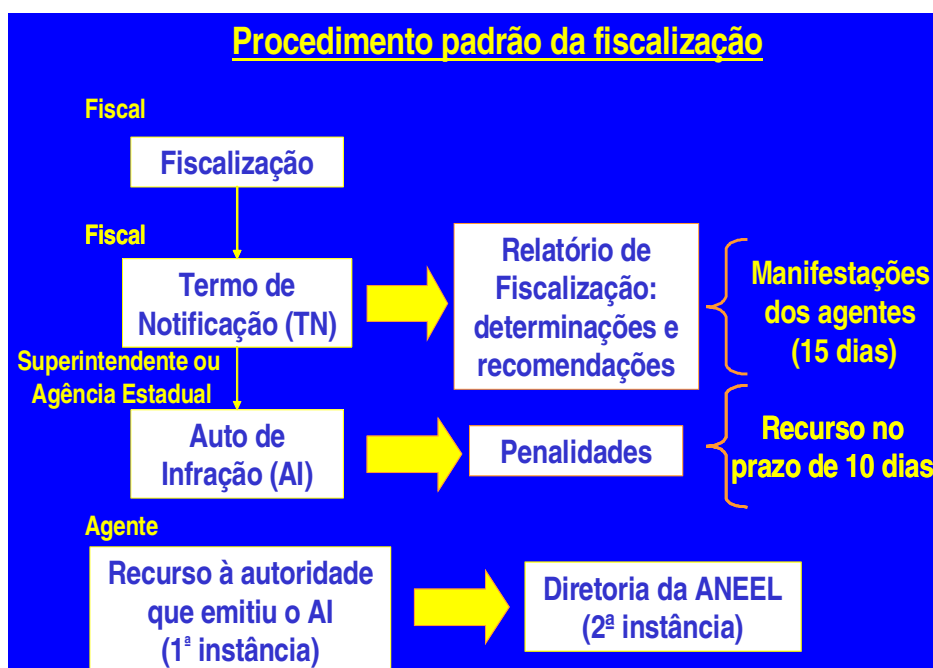


Figura I.3.2 – Fluxograma das atividades de fiscalização e processo punitivo (fonte: ANEEL)

I.3.3 Mediação

Entre os aspectos relevantes e inovadores que enfatizam o foco no cidadão-consumidor, introduzidos pelo diploma legal que criou a Agência, cabe destacar:

- a criação da função do **Diretor Ouvidor**, cuja incumbência é zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários;

- a **mediação**, voltada para dirimir divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; e
- a realização de **Audiência Pública**, quando o processo decisório implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores.

A obrigação de realizar audiências públicas ressalta o compromisso com a transparência dos atos da Agência, constituindo importante elo de realimentação, pois possibilitam ouvir a sociedade, os consumidores, os agentes e entidades representativas, visando obter subsídios e contribuições para o aprimoramento dos regulamentos emitidos.

Pela sua relevância, como mecanismo de participação da sociedade e como canal de consultas, informações ou reclamações, cabe também mencionar a criação dos Conselhos de Consumidores, constituídos por representantes das diversas classes de consumidores. Cabe destacar que já estão constituídos os Conselhos de Consumidores nas 64 concessionárias de distribuição e que, anualmente, tem ocorrido o Encontro Nacional de Conselhos de Consumidores – ENCC com os objetivos de: atualizar os conselheiros sobre os regulamentos mais recentes; divulgar e conscientizar sobre direitos e deveres dos consumidores; receber sugestões sobre o relacionamento dos conselhos com a Agência e com as concessionárias. Assim, já se viabilizou a existência de um representante dos Conselhos com direito a voz junto ao ONS e MAE.

O Sistema de Ouvidoria, sob a responsabilidade do Diretor-Ouvidor e coordenação da Superintendência de Mediação Administrativa Setorial – SMA, gerencia o fluxo de consultas e informações (denúncias, reclamações, críticas, elogios, pedidos de esclarecimento) recebidas na Central de Teletendimento da ANEEL e nas centrais de teletendimento das agências estaduais conveniadas e das concessionárias. A Resolução nº 382/98, estabelece os procedimentos a serem adotados pelos concessionários de distribuição, para classificação das reclamações recebidas dos consumidores nas suas centrais de atendimento e envio mensal do Relatório de Atendimento a Reclamações, contendo informações e indicadores referentes ao número de reclamações procedentes, solucionadas e pendentes.

O tratamento estatístico das reclamações e dúvidas mais frequentes permite deflagrar ações em diversos campos:

- campanhas informativas e educativas, coordenadas pela Superintendência de Comunicação Social com apoio técnico das superintendências específicas, visando esclarecer as dúvidas mais freqüentes, bem como direitos e deveres dos consumidores;
- subsídios à regulação para revisão ou complementação dos regulamentos, de forma a dar maior clareza a pontos específicos, ou para edição de novo regulamento abordando aspectos ainda não regulados e que suscitam divergências;
- ações de fiscalização, para verificação “in loco”, quando ocorre um volume de reclamações excessivo em uma determinada concessionária.

I.3.4 Outorga

A ANEEL, diferentemente de agências reguladoras de outros países, tem uma outra atribuição que consiste em atuar como Poder Concedente. Esta competência foi, inicialmente, conferida em na sua lei de criação. Posteriormente, a Lei nº 10.848/2004, transferiu esta competência ao Ministério de Minas e Energia - MME, mas a Agência continua exercendo esta atividade por delegação do MME. Assim, todas as outorgas para que os diferentes agentes nos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização possam exercer atividades no setor elétrico são concedidas pela ANEEL.

Existem três tipos de outorga: **concessões, permissões e autorizações**, e cada uma propicia diferentes graus de garantias e de direitos assegurados aos agentes. No caso de empreendimentos de geração de pequeno porte, até 1 MW para hidrelétricas e 5 MW para termelétricas, existe a modalidade do **registro**, que não é uma outorga e tem apenas a finalidade de acompanhamento estatístico.

As concessões e as permissões, de acordo com o comando da Lei n.º 8.987/95, são necessariamente outorgadas por meio de licitação. A ANEEL tem adotado o leilão como modalidade de licitação. Não existe, ainda, nenhuma permissão concedida, mas este instrumento está previsto, e foi reforçado na Lei 10.438, e se aplica em duas situações: regularização de Cooperativas de Eletrificação Rural, e como uma alternativa para garantir, por meio de licitação, a universalização do serviço, nos casos onde o concessionário não cumprir as metas de ligação de novos consumidores, desde que o concessionário não tenha exclusividade assegurada no Contrato de Concessão.

Para analisar as solicitações de autorização e preparar os processos de licitação de concessão a Agência tem na sua estrutura duas superintendências: a **SCG** de concessões e autorizações de geração e a **SCT** de concessões e autorização de transmissão e distribuição.

A Resolução n.º 112, de 18 de maio de 1999, estabelece os requisitos necessários à obtenção de registro ou autorização para a implantação, ampliação ou repotencialização de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia, inclusive PCHs. O art. 4º deste regulamento estabelece que:

“A realização de estudos de viabilidade de centrais geradoras termelétricas, eólicas e de outras fontes alternativas de energia não necessita de prévia autorização. Entretanto, facultativamente, a mesma poderá ser solicitada à ANEEL,, não gerando, porém, direito de preferência, exclusividade ou garantia de obtenção da Autorização para implantação da respectiva central geradora.”

A Resolução n.º 395, de 1998, estabelece os procedimentos gerais para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétrica, assim como para autorização de Pequena Central Hidrelétrica - PCH. A Resolução ANEEL n.º 652, de 2003, define os critérios para que um aproveitamento hidrelétrico seja enquadrado como PCH.

Existe um conjunto de incentivos para melhorar a atratividade econômica e fomentar a implantação de PCHs. A Lei 10.438 estendeu estes incentivos aos empreendimentos a partir de fontes eólica e biomassa, bem como aos de cogeração qualificada, que tenham capacidade instalada igual ou inferior a 30 MW. Os incentivos referidos abrangem: **(i)** autorização não onerosa; **(ii)** desconto mínimo de 50% nos encargos de uso dos sistemas de transmissão e distribuição; **(iii)** livre comercialização de energia com consumidor, ou grupo de consumidores, com carga igual ou superior a 500 kW; **(iv)** isenção relativa à compensação financeira pela utilização de recursos hídricos; e **(v)** direito de receber recursos da CCC, regulamentado pela Resolução n.º 245/99, quando substituir geração térmica a óleo diesel nos sistemas isolados.

No segmento de transmissão o art. 17 da Lei n.º 8.987/95 estabelece duas modalidades de outorga – concessão e autorização – conforme segue:

“Art. 17. O poder concedente deverá definir, dentre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação de Rede Básica dos sistemas interligados, as de âmbito próprio do concessionário de distribuição e as de interesse exclusivo das centrais de geração.

§ 1º As instalações de transmissão, integrantes da Rede Básica dos sistemas elétricos interligados, serão objeto de concessão mediante licitação, e funcionarão ... de forma a assegurar a otimização dos recursos eletro-energéticos existentes ou futuros.

§ 2º As instalações de transmissão de âmbito próprio do concessionário de distribuição poderão ser consideradas pelo poder concedente parte integrante da concessão de distribuição.

§ 3º As instalações de transmissão de interesse restrito das centrais de geração poderão ser consideradas integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações.” (Redação dada pela Lei n.º 9.648/98).

Excepcionalmente, a ANEEL tem autorizado empreendimentos que irão compor a Rede Básica. Trata-se de obras emergenciais (prazo muito curto para implantação) recomendadas pelo ONS, ou ampliações e reforços da capacidade em subestações existentes. Estas autorizações têm sido dadas à transmissora detentora da instalação, definindo-se o correspondente acréscimo na receita anual permitida - RAP, com base em custos padrão e taxas de retorno reguladas.

Finalizando este item sobre as competências da ANEEL, considera-se oportuno transcrever um trecho do artigo intitulado “Obstáculos às agências reguladoras”, de autoria do ilustre advogado João Geraldo Piquet Carneiro, que ilustra a importância das agências reguladoras e as condições de contorno para a sua atuação. O citado autor é presidente do Instituto Hélio Beltrão (www.desburocratizar.org.br), organização não governamental, sem vinculação político-partidária, que tem por objetivos propor iniciativas que contribuam para a maior eficiência e agilidade da administração pública:

“A pedra angular da funcionalidade do novo modelo é a independência decisória das agências reguladoras, tanto em relação ao Executivo quanto em relação às empresas concessionárias, de tal forma que seus objetivos possam ser alcançados sem interferências políticas e pressões do poder econômico. Suas deliberações são tomadas por órgãos colegiados integrados por membros com mandato fixo e estável e aprovados pelo Senado.

*Além disso, cada setor de atividade deve ter um marco regulatório próprio. A política setorial deixa de ser fixada unilateralmente pelo Executivo e passa a depender de aprovação do Congresso. **O marco regulatório é o alicerce sobre o qual repousa a estrutura do novo modelo.***

*Portanto, as agências reguladoras de serviços públicos são diferentes dos demais órgãos da administração indireta, na medida em que, ainda que integrantes do Executivo, **têm espaço decisório próprio, cumprem missão específica fixada em lei e suas deliberações não podem ser revistas por qualquer autoridade administrativa superior.** Assim, os controles sobre seu desempenho deveriam refletir estas características.” (grifos acrescidos)*

Cabe ainda destacar, em relação à autonomia administrativa da ANEEL, que a Diretoria é a última instância de decisão no âmbito administrativo, não cabendo recurso a nenhum outro órgão do Poder Executivo. Recursos contra decisões tomadas em última instância pela Diretoria só podem ser apreciados e julgados pelo Poder Judiciário.

Entretanto, com o objetivo de assegurar aos agentes o direito ao contraditório e à ampla defesa, no âmbito administrativo, existe um arcabouço legal e regulamentar que define os procedimentos para questionar, revisar ou anular os atos ou decisões ANEEL em seus diversos níveis: Superintendências, Comissões de Licitação, Agências Estaduais conveniadas e Diretoria. Este será o tema dos próximos capítulos deste trabalho.

II. PROCEDIMENTOS RECURSAIS NO ÂMBITO DA ANEEL

O propósito deste capítulo é apresentar os meios e procedimentos que podem ser adotados por agentes, consumidores e entidades representativas da sociedade para contestar ou tentar modificar, no âmbito administrativo, as decisões exaradas pela ANEEL. Como se verá adiante, estes procedimentos estão disciplinados em **leis**, que se aplicam a todos os órgãos da Administração Pública, e em **Resoluções** e **Normas Organizacionais** da própria Agência.

As primeiras normas organizacionais da ANEEL foram elaboradas em atendimento à Portaria MME nº 349/97, que aprovou o Regimento Interno da ANEEL e estabeleceu que a Diretoria da Agência deveria expedir normas, para atender aos seguintes objetivos:

- I – definir e detalhar as atividades e os procedimentos internos relacionados às Superintendências de Processos Organizacionais;
- II – fixar os termos do Código de Ética da Autarquia;
- III – definir e detalhar as atividades e os procedimentos internos relacionados à Secretaria-Geral e ao Gabinete do Diretor-Geral;
- IV – detalhar os **procedimentos internos e os atos administrativos necessários ao atendimento das responsabilidades** dos dirigentes e servidores da ANEEL;
- V – estabelecer os **procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Diretoria** colegiada.

II.1 *Decisões Administrativas e a Norma Organizacional ANEEL 001*

Em 14 de julho de 1998, sete meses após o início de operação da ANEEL, foi publicada a **Norma Organizacional ANEEL 001**, aprovada pela Resolução nº 233. Esta norma tem uma grande relevância para as atividades da ANEEL e para o Setor Elétrico Brasileiro, pois disciplina e uniformiza os procedimentos administrativos da Agência, definindo os princípios a serem seguidos e atividades a serem implementadas para instruir os processos submetidos à decisão da Diretoria. Esta norma trata no seu Título II - Procedimentos Administrativos - de temas importantes para a defesa dos interesses de agentes, consumidores e da sociedade em geral, definindo regras para as seguintes atividades: Audiências Públicas, Consultas Públicas, Reuniões da Diretoria, requisitos para emissão e alteração dos Atos Administrativos, e procedimentos para interposição de Recursos Administrativos e Pedidos de Invalidação.

A norma acima referida foi revista pela Resolução nº 081, de 18 de fevereiro de 2003, no sentido de adequar, rever e atualizar os procedimentos administrativos considerando as atividades delegadas às Agências Estaduais conveniadas, bem como a legislação federal estabelecida pela Lei nº 9.784, de 1999, que veio regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Entre outras alterações ocorridas na norma em questão, destacam-se: a inclusão, no Título II, do Capítulo X - Das Agências Conveniadas; e a alteração do art. 5º, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios:

*I - atuação conforme a lei, a **jurisprudência administrativa em vigor e a doutrina**;*

II - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

III - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

IV - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei;

V - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

*VI - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão**;*

VII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados;

*VIII - **clareza e transparência das decisões** de modo a propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos interessados;*

*IX - **impulsão de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados**;*

e

X - interpretação das normas da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirigem.”

Adicionalmente, a Lei nº 9.784/99 estabelece, no seu art. 2º, que o processo decisório na Administração Pública Federal deve observar os seguintes princípios:

*“Art 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”*

Com base nos artigos acima transcritos, observa-se que o objetivo da legislação é estabelecer procedimentos que assegurem, como finalidade primordial, o **atendimento do interesse público**, por meio de **decisões adotadas com clareza e transparência, indicando as motivações de fato e de direito**; e, também, garantir a proteção dos direitos das partes interessadas na decisão – neste caso, os agentes econômicos do setor de energia elétrica, os consumidores e demais interessados da sociedade – por meio da **ampla defesa e do contraditório**.

Neste sentido, os artigos 8º, 9º e 10 da Norma 001 definem quem são as partes interessadas nos processos administrativos e quais os seus direitos e deveres, conforme a seguir transcrito:

“Art. 8º São legitimados como interessados nos processos administrativos:

- I - pessoas físicas ou jurídicas que os iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de petição e representação;*
- II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;*
- III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos de seus interessados; e*
- IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas, quanto a direitos ou interesses difusos.*

Art. 9º Os interessados têm os seguintes direitos frente à Agência, sem prejuízo de outros que lhes sejam assegurados:

- I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;*
- II - ter ciência da tramitação dos procedimentos administrativos, ter vista dos autos, obter cópia de documentos aí contidos e conhecer as decisões proferidas;***
- III - formular alegações e apresentar documentos, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e*
- IV - ser notificado para formular suas alegações antes de decisão de que possa decorrer gravame à sua situação.***

Art. 10. São deveres dos interessados perante a Agência, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- I - expor os fatos conforme a verdade;*
- II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;*
- III - agir de modo prudente de forma a propiciar o não comprometimento de suas ações; e*
- IV - prestar as informações que lhes forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”*

As **decisões da ANEEL** podem ser tomadas em três níveis ou instâncias permanentes: i) a Diretoria, instância máxima de decisão, e que decide em regime de colegiado; ii) as Superintendências, que tem competências estabelecidas no Regimento Interno e/ou recebem delegação da Diretoria para decidir sobre temas específicos; e iii) as Agências Reguladoras Estaduais conveniadas com a ANEEL, que recebem delegação, via Convênio, para as atividades de fiscalização, ouvidoria e mediação. Existe, ainda, uma outra instância, que são as Comissões Especiais de Licitação, criadas especificamente e com duração determinada para realização dos leilões de concessão de Geração e Transmissão e, também, para as licitações para aquisição de bens ou serviços pela ANEEL.

As decisões da ANEEL, sobre as matérias de sua competência, são formalizadas por meio de **atos administrativos** e os requisitos para sua emissão, revisão ou anulação constam do Título II, Capítulo V, da Norma Organizacional 001. Cabe aqui destacar o artigo 29 que estabelece: “*A Agência somente produzirá atos por escrito, com a data e o local de sua emissão e a assinatura, gráfica ou eletrônica, da autoridade responsável.*” As decisões da Diretoria, promulgadas por meio de Resoluções, Despachos e Portarias, bem como as decisões das Comissões que tratam de licitação de concessões, são publicadas no Diário Oficial da União – D.O.U. As decisões das Superintendências têm sido promulgadas por meio de Despachos ou Ofícios.

A Norma Organizacional 001 define três modalidades ou procedimentos, por meio das quais os **interessados legitimados** podem buscar, no âmbito administrativo, a modificação ou anulação de uma decisão da Agência, quando entenderem que algum dos critérios, princípios e procedimentos previstos no processo decisório não foi adequadamente observado. Os expedientes administrativos disponíveis para esta finalidade são: o **Recurso**; o **Pedido de Reconsideração**; e o **Procedimento de Invalidação**.

Cada uma das modalidades mencionadas aplica-se a um conjunto definido de situações e segue ritos específicos para seu encaminhamento e julgamento. Antes, porém, de entrar no detalhamento de cada uma, é importante dar uma visão dos processos punitivos que têm procedimentos próprios para sua abertura e, também, geram a interposição de recursos administrativos.

II.2 Processos Punitivos e a Resolução Normativa nº 063/2004

Com o objetivo de diferenciar de outros processos administrativos, considera-se neste trabalho como **processo administrativo punitivo** aquele decorrente das atividades de fiscalização, realizadas pelas Superintendências de Fiscalização da ANEEL ou pelas Agências Estaduais conveniadas. Quando a fiscalização constata qualquer irregularidade ou não-conformidade no serviço prestado ou no cumprimento das obrigações previstas é emitido um Termo de Notificação – TN, fixando prazo para a concessionária apresentar justificativas para os desvios constatados.

A empresa notificada terá prazo de 15 dias, após o recebimento do TN para apresentar suas alegações e justificativas. A área de fiscalização analisará as manifestações e, se não as considerar satisfatórias, lavrará um Auto de Infração – AI, explicitando a relação das infrações constatadas e a penalidade aplicada.

As penalidades a que estão sujeitos os agentes, bem como os procedimentos para sua imposição e critérios para definição do valor das multas, são estabelecidas pela Resolução Normativa nº 063/2004, que aperfeiçoou, revisou e atualizou os procedimentos e critérios previstos na Resolução nº 318/1998, revogando-a.

Uma das alterações introduzidas pela nova resolução foi no sentido de compatibilizar os procedimentos recursais no âmbito da ANEEL, com a adoção de uma única instância junto à autoridade superior (Diretoria), em consonância com a Lei nº 9.784/99. A Resolução nº 318/98, revogada, previa o instrumento da Defesa, que na verdade tratava-se de um recurso de primeira instância e que era analisado por um dos Diretores, previamente indicado no Auto de Infração (decisão monocrática).

II.2.1 Penalidades

Neste item apresentamos as penalidades a que estão sujeitos os concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais, conforme previsto no art. 2º da Resolução nº 063/04.

“Art. 2º As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:

I – advertência;

II – multa;

III – embargo de obras;

IV – interdição de instalações;

V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VI – revogação de autorização;

VII – intervenção administrativa;

VIII – caducidade da concessão ou da permissão.

Parágrafo único. A aplicação das penalidades de que trata este artigo compete:

*a) – ao(s) **Superintendente(s)** responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos previstos nos incisos I a IV;*

*b) – à **Diretoria, por proposta do(s) Superintendente(s)** responsável(is) pela ação fiscalizadora, nos casos referidos nos incisos V a VII.*

*c) – ao **Poder Concedente, por proposta da ANEEL**, na hipótese prevista no inciso VIII”*

Verifica-se, no artigo acima transcrito, que na maioria das penalidades (incisos I a IV) o processo administrativo punitivo será iniciado pelo Superintendente ou Agência Estadual responsável pela ação de fiscalização, que lavrará e assinará o respectivo Auto de Infração. No caso de penalidades mais graves, que restringem ou cancelam direitos dos agentes, o AI será assinado pela Diretoria ou pelo Poder Concedente, mas sempre com base numa ação prévia de fiscalização e sempre assegurando o direito de ampla defesa e contraditório ao agente autuado.

O artigo 20, §2º, da Resolução nº 063/04, estabelece as condições ou requisitos para que seja lavrado o Auto de Infração, que, nos termos do art. 22, deverá ser acompanhado do Termo de Notificação – TN, da manifestação da notificada e da exposição de motivos. O AI será lavrado nos casos em que ocorrer uma das situações relacionadas a seguir:

I – comprovação da não conformidade;

II – ausência de manifestação tempestiva da interessada;

III – serem consideradas insatisfatórias as alegações apresentadas;

IV - não serem atendidas, no prazo, as determinações da ANEEL.

Das penalidades aplicadas caberá recurso, que obedece, a partir da vigência da Resolução nº 063/2004, os mesmos procedimentos definidos para os demais recursos administrativos. O item a seguir apresenta os requisitos e características dos recursos administrativos, bem como ressalta as diferenças sobre o requerimento de **efeito suspensivo** das decisões recorridas.

II.3 **Recurso Administrativo**

O Recurso Administrativo é o mais comum dos procedimentos à disposição dos agentes para defesa de seus direitos, no âmbito administrativo, perante a Agência Reguladora. A matéria é tratada no Título II, Capítulo VII, da Norma Organizacional 001, cujo artigo 45 estabelece que *“Das decisões administrativas cabe recurso, em face de **razões de legalidade e de mérito**, independentemente de caução, sendo a Diretoria a instância máxima recursal, nas matérias submetidas à alçada da Agência.”*

O **recurso** é um requerimento aplicável contra atos do Diretor-Geral, dos Diretores, dos Superintendentes e titulares de unidades organizacionais de mesmo nível hierárquico, de Presidentes de Comissão de Licitação e de outros servidores com delegação de poder decisório no âmbito da ANEEL, bem como os oriundos de Agências conveniadas.

São **atos recorríveis** os despachos, as resoluções e outros atos ou decisões, referentes a processos de pré-qualificação ou adjudicação para outorga de concessões, ou para aquisição de bens e serviços para a Agência. De acordo com o art. 48 **são irrecorríveis na esfera administrativa** os atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem assim os informes e pareceres.

O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, encaminhará os autos à Diretoria da ANEEL. (art. 49). Havendo outros interessados, deverá ser encaminhada cópia do recurso aos mesmos, concedendo prazo de cinco dias úteis (art. 53, III) para apresentar contra-razões. O julgamento do recurso será exercido após a manifestação, ou decurso de prazo.

Na apreciação do recurso, a Diretoria poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (art. 49, §2º). No caso de **modificação que implique em gravame, o recorrente deverá ser cientificado** para que formule suas alegações no prazo de dez dias (art. 49, §3º).

O prazo para interposição de recursos, salvo disposição legal específica, é de dez dias (art. 52), contados a partir da cientificação oficial. O recurso interpõe-se por meio de requerimento, no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que

julgar convenientes (art. 50). O artigo 46, estabelece as condições em que o recurso não será conhecido, conforme segue:

“Art.46 O recurso não será conhecido quando interposto:

I – fora do prazo;

II – perante órgão incompetente;

III – por quem não seja legitimado;

IV – contra ato normativo, de caráter geral e abstrato, editado pela Agência; e,

V – após exaurida a esfera administrativa.”

Quando ao inciso V acima, o art. 57 da Lei nº 9.784/99, estabelece a **limitação de três instâncias para a tramitação do recurso na esfera administrativa**. Os recursos contra atos da ANEEL são julgados em duas instâncias: a instância que emitiu a decisão e a Diretoria, quando a autoridade da primeira instância não reconsiderar a decisão. Já os recursos contra atos das Agências Estaduais conveniadas, para atender a limitação legal acima, poderão ser apreciados em no máximo duas instâncias na própria Agência, sendo que da decisão de última instância da agência conveniada caberá recurso à Diretoria da ANEEL (art. 63-A).

Portanto, uma vez que o recurso tenha sido apreciado e decidido pela Diretoria da ANEEL está **exaurida a esfera administrativa**, restando, se ainda houver inconformidade com a decisão, a alternativa de recurso ao Poder Judiciário. Existe uma única exceção, conforme se verá adiante no item sobre Pedido de Reconsideração

II.4 Efeito Suspensivo

O Efeito Suspensivo, no Direito Processual, significa a suspensão ou paralisação da execução da sentença, até que o recurso interposto seja julgado. Sob este aspecto os regulamentos da ANEEL tratam de forma diferenciada os recursos administrativos convencionais e os recursos referentes a penalidades aplicadas nos termos da Resolução Normativa nº 063/2004. Portanto, essas diferenças merecem, aqui, ser comentadas.

O recurso contra ato ou decisão que não implique em penalidade, como regra geral e de acordo com o artigo 51 da Norma Organizacional 001, **será recebido sem efeito suspensivo**, a menos que exista disposição legal em contrário. Portanto, se o recorrente entender que a decisão acarretará **prejuízo, de difícil ou incerta reparação**, deverá requerer o efeito suspensivo, no próprio recurso ou em requerimento à parte. O artigo 53, inciso V, define que requerida a concessão de efeito

suspensivo, o recurso será distribuído ao Diretor-Geral, que apreciará o pedido em três dias úteis e, após a decisão, os autos serão distribuídos ao Diretor-Relator. O artigo 62, inciso II, que trata do procedimento de invalidação, estabelece que da **decisão sobre o pedido de efeito suspensivo não cabe recurso na esfera administrativa.**

O recurso contra ato ou decisão que imponha alguma das penalidades referidas no item II.2.1 acima, de acordo com o parágrafo único do art. 33 da Resolução nº 063/2004, **será recebido com efeito suspensivo** na parte em que impugnar o Auto de Infração. A única exceção ocorre nos casos de aplicação de penalidades de embargo de obras ou de interdição de instalações, que não possuam a necessária autorização ou concessão da ANEEL, ou que ponham em risco a integridade física ou patrimonial de terceiros (parágrafo único do art. 9º).

Portanto, para a grande maioria dos recursos contra penalidades a concessão do efeito suspensivo é automática, não precisando constar no recurso tal pedido. Já nos demais recursos administrativos, o recorrente deve, explicitamente, requerer o efeito suspensivo. A juízo do Diretor-Geral, se ficar demonstrada a ocorrência iminente de prejuízos de difícil ou incerta reparação, o efeito suspensivo será concedido.

II.5 *Pedido de Reconsideração*

O Pedido de Reconsideração é a segunda modalidade disponível aos agentes para defesa de seus interesses e pode ser utilizado em situações mais restritas, como se verá a seguir. O objetivo deste procedimento é **assegurar um mínimo de duas instâncias para os recursos administrativos** nos casos em que o ato ou decisão recorrida foi proferido pela própria Diretoria.

O mínimo de duas instâncias está assegurado no caso de decisões dos Superintendentes da ANEEL, de Comissões Especiais de Licitação, ou das Agências Estaduais conveniadas, porque como vimos o recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, que se não a reconsiderar, encaminhará o recurso para apreciação em última instância pela Diretoria da ANEEL. Entretanto, no caso de decisão originária da Diretoria, o recurso será a ela encaminhado em primeira instância. Assim, caso o recurso não seja provido, e se não existisse o Pedido de Reconsideração, o recurso seria apreciado em uma única instância.

O Pedido de Reconsideração, portanto, **somente será admitido** contra decisão originária da Diretoria, e **após recurso analisado em primeira instância pela Diretoria** ter sido indeferido, ou parcialmente provido. O prazo para interposição do Pedido de Reconsideração, bem como as regras e procedimentos aplicáveis na sua análise e decisão são os mesmos estabelecidos para os recursos administrativos (art. 54).

Uma vez recebido o pedido, o mesmo será anexado aos autos do processo e distribuído a novo relator. É importante ressaltar que o Pedido de Reconsideração não deve ser uma mera repetição dos argumentos do recurso anterior, pois mesmo que seja apreciado por um novo diretor-relator, este diretor participou da decisão sobre o recurso inicial, que foi assumida pela Diretoria, em regime de colegiado. Assim, para que o Pedido de Reconsideração tenha alguma chance de êxito, deve agregar novos fatos e alegações que possam justificar uma mudança da decisão.

Convém ressaltar, que não cabe falar em Pedido de Reconsideração de decisões da Diretoria tomadas em segunda instância ou terceira instância (no caso de decisões originárias das Agências Estaduais conveniadas). Se o recurso foi apreciado em instância inferior, a Diretoria da ANEEL passa a ser instância administrativa final e, após a decisão da Diretoria fica exaurida a esfera administrativa, portanto, pedidos de reconsideração que se encaixam nesta condição não têm sido conhecidos.

Da mesma forma, não cabe falar em Pedido de Reconsideração dirigido a Superintendente, Comissão de Licitação ou Agência Estadual conveniada, o correto seria chamar o expediente de Recurso. Cabe ressaltar que muitos agentes têm usado **indevidamente o Pedido de Reconsideração para recorrer de decisão de Superintendente**. Entretanto, nestes casos esta formalidade é relevada, com base no princípio da economia processual, e o Pedido de Reconsideração é recebido como se Recurso fosse, sem prejuízo da análise do pleito e da garantia do princípio da ampla defesa.

O Pedido de Reconsideração é admitido, também, nos casos de indeferimento de Pedido de Invalidação (art. 62, VII), que será tratado no próximo item.

II.6 *Pedido de Invalidação*

O procedimento de invalidação é a terceira modalidade disponível aos agentes para defesa de seus direitos, no âmbito administrativo. O art. 61 da Norma Organizacional ANEEL 001 estabelece que

a anulação de ato ou contrato administrativo poderá ocorrer de ofício ou mediante provocação dos interessados.

O art. 62 define que o requerimento para invalidação provocada será dirigido à Diretoria e, quando requerida a concessão de efeito suspensivo, o processo será distribuído ao Diretor-Geral, que apreciará o pedido conforme já mencionado no item II.3.1, devendo-se, em seguida, os autos serem distribuídos ao Diretor-Relator. Não havendo pedido de efeito suspensivo, os autos serão imediatamente distribuídos ao relator.

O Diretor-Relator encaminhará o processo à Procuradoria-Geral para, no prazo de trinta dias, opinar sobre a procedência ou não do pedido, sugerir providências para instrução dos autos, e verificar se a invalidação requerida atingirá terceiros. Quando o parecer apontar a existência de terceiro(s) interessado(s), o relator deverá notificá-lo(s) para, no prazo comum de dez dias, manifestar(em)-se a respeito do requerimento de invalidação.

O artigo 62, inciso VII, define que da **decisão sobre o requerimento de invalidação caberá pedido de reconsideração**, nos termos do art. 54, ou seja, visando garantir que o pedido de invalidação seja apreciado em duas instâncias administrativas. Adicionalmente, o parágrafo único, deste mesmo artigo, estabelece que o procedimento para invalidação “*de ofício*” observará os mesmos procedimentos acima, garantindo-se a qualquer Diretor a faculdade de iniciá-lo, inclusive com pedido de efeito suspensivo.

Existem dois aspectos que não estão claros na norma da ANEEL quando trata do procedimento de invalidação: i) a abrangência dos questionamentos, ou seja, das razões e alegações apresentadas; e ii) o prazo para interpor o pedido de invalidação. Entretanto, estes aspectos podem ser definidos com base na doutrina e em pareceres, tanto na esfera do Poder Judiciário, como do Direito Administrativo.

II.6.1 Abrangência do Pedido de Invalidação

Quanto a este primeiro aspecto, o procedimento de invalidação, diferentemente do recurso - que é admitido em face de razões de legalidade e mérito - **somente será admitido e analisado em função de questionamentos quanto à legalidade** do ato ou decisão que se pretenda impugnar. Tal

entendimento decorre da interpretação da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A referida lei trata da anulação de atos administrativos nos artigos 53 e 54, transcritos a seguir:

*“Art 53. A Administração **deve anular** seus próprios atos, **quando eivados de vício de legalidade**, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

*Art 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má -fé.*

A **anulação ou invalidação** de ato administrativo cuida, portanto, da retirada ou da **eliminação do ato por razões de sua ilegalidade**, pois ele se encontra em discordância com a norma. Adicionalmente, verifica-se, do comando legal acima, que detectado vício de legalidade em ato ou contrato a sua anulação pela Administração não é juízo discricionário, mas, sim, um dever, que decorre dos princípios da autotutela administrativa e de controle sobre os atos praticados pelo próprio órgão e visa a restauração da ordem jurídica. Assim, a anulação, ou invalidação, é decisão de caráter administrativo ou judicial que declara não ser válida uma norma, ou um ato, ou um negócio jurídico.

Sobre este tema cabe mencionar o Parecer nº 222/2004 da Procuradoria Federal da ANEEL que delimita o campo de análise de requerimento de invalidação nos seguintes termos: *“O pedido de invalidação almeja desconstituir ato exarado pela Diretoria da ANEEL ... Nesses termos, **seu objeto está, essencialmente, jungido à eventual existência de ilegalidade** capaz de macular todo o procedimento que culminou com a decisão combatida. Com isso, há que se tornar claro que a sorte do pedido de invalidação depende, fundamentalmente, do **dever da Administração Pública de suprimir seus atos quando eivados de ilegalidade**, isto é, para que obtenha êxito o requerente deverá demonstrar nos autos elementos que indiquem a prática de ato que deve ser revisto pela Administração em louvor à prerrogativa de autotutela que deve guardar em relação aos atos administrativos que pratica.”*

A Lei nº 9.784/99 fala em **anulação** dos atos, já a Norma da ANEEL fala em procedimento de **invalidação**. Cabe aqui mencionar que, a maioria dos estudiosos do Direito Administrativo considera estas duas palavras sinônimas, entretanto, alguns doutrinadores diferenciam os termos anulação e invalidação. Defendem estes que a "anulação" ocorre quando a retirada do ato é realizada pela Administração Pública e "invalidação" quando é realizada pelo Poder Judiciário. **Neste sentido a norma da ANEEL poderia ser revista para ficar coerente com a lei e a doutrina.**

II.6.2 Prazo para a invalidação de *ofício*

Este é um tema que, na minha visão, não está pacificado, embora a grande maioria dos doutrinadores defenda que deve existir um limite de tempo para invalidação de um ato administrativo ou decisão judicial. Com efeito, a questão restou muito bem apreciada pela decisão da lavra do MM. Juiz Júlio Rodrigues Coelho Neto, que diante do brilhantismo dos fundamentos invocados, transcrevemos a seguir:

*“Não se olvida que a **cabe à Administração o poder e até mesmo o dever de anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades.** Trata-se do exercício da autotutela administrativa, há muito reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula nº 473:*

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que o tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Ao mesmo passo, contudo, o poder de autotutela administrativa não dever ser interpretada como de natureza absoluta, tendo em vista os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

*É certo ser dever da Administração rever seus atos, em nome do interesse público que lhe compete observar, mas, todavia, **é em nome deste mesmo interesse público que tal conduta se limita no tempo**, em atenção aos direitos adquiridos do particular e à preservação da estabilidade das relações jurídicas, fundamento essencial à estabilidade no convívio social.*

Sobre o assunto, assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado **princípio da ‘segurança jurídica’**, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. **Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual)**, do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.*

Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se

sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo.”

Dentre os componentes da segurança nas relações jurídicas, encontram-se os institutos da prescrição e decadência, hábeis a evitar que o exercício de determinado direito não se preserve indefinidamente ao arbítrio daquele que o detém.

Enfocando os institutos à luz do Direito Administrativo, expõe Hely Lopes Meirelles:

"A nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também interesse público, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade."

Atendendo a esse entendimento, a **Lei nº 9.784, de 29.01.1999, "visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração"** (art. 1º), plenamente aplicável à hipótese dos autos, **dispõe, em seu art. 54, acerca do prazo decadencial para anulação de atos administrativos de efeitos benéficos aos administrados:**

"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

Portanto, **como primeiro limite ao dever de invalidar, tem-se o decurso de tempo.** Pontifica a Prof.^a Weida Zancaner que *"em nome da segurança jurídica, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará a invalidação do ato viciado. Ou seja, assim como ocorre contra o particular prazo prescricional para que reclame seus direitos perante a Administração Pública, é lógico que também em relação a esta deva existir um determinado prazo para que exerça seu poder de invalidar seus atos, exatamente com base na segurança das relações jurídicas, fundamento básico do instituto da prescrição. A problemática surge, todavia, em se determinar qual seja o dito prazo prescricional para que a Administração invalide seus atos."*

Até este ponto temos de concreto que também é relevante o princípio da segurança jurídica, além do princípio da legalidade, e que **o art. 54 da Lei nº 9.784/99 preceitua um prazo decadencial**

de 5 anos para que a Administração anule atos que, por razões de ilegalidade, produzam efeitos favoráveis para qualquer administrado.

Entretanto, se o ato não gerar efeitos favoráveis ao administrado, ou houver sido praticado com má-fé, a Administração não está jungida ao prazo decadencial de 5 anos. **Então, qual seria o prazo de que dispõe a Administração para anular atos ilegais que não resultem em benefícios? E qual o prazo de que dispõe o administrado para requerer, ou provocar, a anulação de ato que considere ilegal e que lhe cause prejuízo ou cerceie seus direitos?**

Antes, porém, de buscar responder as questões anteriores, é importante, conceituar alguns termos associados a prazos processuais e que foram anteriormente mencionados:

Decadência – i) perda de um direito material em razão do decurso de prazo insuscetível de interrupção ou suspensão (Dicionário Jurídico), ou ii) extinção de um direito por haver decorrido o prazo legal prefixado para o exercício dele (Dicionário Aurélio);

Preclusão – i) perda do direito de praticar um ato processual pela inércia de uma das partes durante o respectivo prazo (Dicionário Jurídico), ou ii) perda de uma determinada faculdade processual civil, ou pelo não exercício dela na ordem legal, ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício, ou, ainda, por já ter sido ela validamente exercitada (Dicionário Aurélio);

Prescrição – i) perda do direito de ação em face do transcurso de um prazo legal. Modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele durante certo lapso de tempo (Dicionário Jurídico), ii) perda da ação atribuída a um direito, que fica assim juridicamente desprotegido, em consequência do não uso dela durante determinado tempo (Dicionário Aurélio), ou iii) a maneira pela qual se extingue a punibilidade do autor de um crime ou contravenção, por não haver o Estado exercido contra ele no tempo legal o seu direito de ação, ou por não ter efetivado a condenação que lhe impôs (Dicionário Aurélio).

Colocadas as definições acima, julgamos necessário, igualmente, diferenciar os mencionados institutos, cuja natureza jurídica é bastante semelhante, para ter-se uma noção exata de qual deles seria mais coerente com o regime jurídico-administrativo. Para uma melhor compreensão das diferenças, transcrevemos a seguir texto da professora Maria Helena Diniz, com arrimo na doutrina do mestre processualista José Manoel de Arruda Alvim Neto, *verbis*:

*"A preclusão não se confunde com a prescrição ou com a decadência. A **decadência** é um prazo estabelecido pela norma para exercício de um direito. Não usado dentro do prazo, ter-se-á a extinção do direito. A **prescrição** é um prazo dentro do qual se pode ajuizar a ação. Se tal não ocorrer a ação prescreve, embora o direito desmunido de ação exista, sendo, todavia, em termos práticos, muito difícil prosperar a pretensão. Já a **preclusão** deriva do fato de não haver a prática de um ato, no prazo em que ele deveria ser realizado, não sendo alusivo à existência ou a inexistência de um direito, mas sim às faculdades processuais".*

A **decadência** revela-se, portanto, como a extinção do próprio direito, pelo escoamento do prazo legal estabelecido para seu devido exercício. Não pressupõe obrigatoriamente uma ação como a prescrição, mas simplesmente um direito. Ademais, os prazos prescricionais interrompem-se e suspendem-se, enquanto os decadenciais não.

Não obstante a maioria dos autores tratem o prazo para invalidação de atos pela Administração Pública como "prescricional", entende a Prof. Weida Zancaner que na realidade tal prazo seria "decadencial". Isso porque a prescrição implica a existência de uma ação ajuizável, e a inércia do seu titular por um certo período de tempo, o que acarreta a sua extinção e, por via oblíqua, do direito que lhe seja referente. Entretanto, a Administração para invalidar um determinado ato administrativo não precisa se socorrer às vias judiciárias, podendo fazê-lo de ofício, pelo que não se tem a extinção de uma ação ajuizável e, portanto, o prazo seria decadencial. Este entendimento, a nosso ver, está coerente com os termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99 que menciona *"O direito da Administração de anular ... decai em 5 anos."*

Nos casos não previstos no art. 54, isto é, atos ilegais de que não decorram efeitos favoráveis, não existe consenso entre os doutrinadores sobre o prazo decadencial, ou seja, o prazo em que se extingue o direito da Administração anular um ato com vício de legalidade. Alguns autores, entre os quais se alinha o Procurador Federal Sérgio de Oliveira Netto, postulam que, ressalvadas as situações do art. 54 e outras previstas em lei, a Administração pode anular, a qualquer tempo, seus atos maculados por nulidades. Tal posição se fundamenta no art. 114 da Lei nº 8.112./90, que diz: *"A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade."*, e que, segundo os defensores desta tese, não foi revogado pela Lei nº 9.784/99.

Uma segunda corrente, requestando a aplicação, por analogia, da teoria das nulidades previstas no direito civil aos atos administrativos inquinados de vícios, propugna pela aplicação do prazo ora de 5 anos, ora de 20 anos, conforme tratar-se de atos tidos por anuláveis ou nulos, respectivamente. Uma terceira corrente, com fundamento no Decreto nº 20.910, de 1932, que regula a

prescrição quinquenal, entende que: seja o ato administrativo nulo ou anulável a administração tem prazo decadencial de 5 anos, a contar da edição do ato, para exercer a autotutela e proceder à revisão de seus atos.

O decreto acima referido trata de prescrição de dívidas passivas da União, Estados e Municípios e de ações contra a fazenda nas três esferas de governo e define no seu art. 1º um prazo prescricional de cinco anos. Embora o decreto não trate especificamente de anulação “de ofício” de atos da administração e fale em prazo prescricional, quando já se comentou que o correto seria estabelecer um prazo decadencial, entendo que, tendo em vista a relevância do princípio da segurança jurídica, o prazo limite para a administração anular seus atos deveria ser de 5 anos, independentemente do ato trazer ou não efeitos benéficos para algum dos administrados.

II.6.3 Prazo para a invalidação provocada

Nesta situação, ou seja, invalidação a pedido do interessado, deveria ser aplicado o prazo prescricional, de acordo com as definições apresentadas no item anterior. Entretanto, nem a Lei nº 9.784/99 nem a Norma Organizacional ANEEL 001 estabelecem esse prazo. Assim, em recente pedido de invalidação julgado pela Diretoria da ANEEL a Procuradoria foi instada a se manifestar sobre o prazo de que dispõe o administrado.

A Procuradoria Federal da ANEEL opinou no sentido de que se aplica o prazo máximo de cinco anos, a contar da data em que o ato foi praticado. Esta posição foi manifestada no Parecer nº 183/2005, nos seguintes termos:

*“... de uma interpretação sistemática dos arts. 61 e 31-A da Resolução nº 233/98, conclui-se que **o pedido de invalidação deve, inequivocamente, observar o prazo máximo de 5 (cinco) anos** a contar da data em que o ato foi praticado. Em matéria exclusivamente de legalidade, vigoram os princípios da autotutela administrativa e de controle sobre os atos praticados pelo próprio órgão, que permitem à Administração Pública conhecer, de ofício ou mediante provocação, de requerimentos fundados em ilegalidade, desde que não tenha havido a preclusão administrativa.”.*

Não foram apresentadas pela Procuradoria da ANEEL outras motivações para o prazo de 5 anos e, aparentemente, o entendimento foi no sentido de que se aplica igual prazo para a Administração e o administrado. A meu ver tal posição mereceria ser melhor justificada e motivada, tendo em conta a legislação apresentada a seguir.

O Código de Processo Civil no seu art. 245 estabelece, *in verbis*: “**A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.**” E o seu parágrafo único estabelece algumas exceções: “*Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.*”

Diversas leis federais e estaduais estabelecem claramente os prazos para o administrado recorrer ou apresentar petição contra atos ou fatos que julgue estarem se contrapondo aos seus direitos e, em geral, os prazos são tanto maiores quanto mais graves o direito afetado pelo ato que se pretende impugnar. Como exemplo podemos citar a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico Único dos Servidores Federais, e a Lei nº 6.745/85 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.

Lei nº 8.078/90 - SEÇÃO IV Da Decadência e da Prescrição

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - **trinta dias**, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - **noventa dias**, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

(...)

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em **cinco anos** a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.”

Lei nº 8.112/90 - Capítulo VIII Do Direito de Petição

Art. 110. O direito de requerer prescreve:

I - em **5 (cinco) anos**, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;

II - em **120 (cento e vinte) dias**, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.

Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.

Lei nº 6.745/85

Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina

Art. 125 O direito de pleitear na esfera administrativa prescreve a partir da data da publicação oficial do ato impugnado ou, quando for dispensada, da data em que dele tiver conhecimento o funcionário:

I - Em **05 (cinco) anos**, quanto aos atos de que decorreram a demissão, aposentadoria ou disponibilidade do funcionário;

II - Em **02 (dois) anos**, nos demais casos.

Conclui-se, de tudo o que foi apresentado sobre o pedido de invalidação, que existem barreiras ao poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos, como, por exemplo, o decurso de um determinado lapso temporal que, por si só, seja capaz de consolidar determinadas situações. Entretanto, verifica-se que não existe consenso entre os estudiosos e doutrinadores do Direito Administrativo sobre os prazos aplicáveis.

Outra conclusão, à vista da legislação apresentada acima: é comum um prazo máximo de 5 anos para o pedido de invalidação provocada, conforme recomendado no parecer da Procuradoria da ANEEL, mas existem previsões em lei de prazos menores como: 120 dias ou 2 anos. **De qualquer forma, não parece razoável que o prazo para invalidação provocada seja considerado de 10 dias, mesmo prazo para interposição de recursos administrativos.**

Fechando este item, entendo que, não havendo impedimento legal, a Norma Organizacional ANEEL 001, aprovada pela Resolução nº 233/98, deveria ser revisada no sentido de estipular claramente os prazos de decadência e prescrição administrativas, em especial, o prazo de prescrição para o pedido de invalidação provocada.

II.7 Reunião Pública da Diretoria

Este capítulo não poderia ser encerrado sem se fazer menção ao processo decisório, no âmbito da Diretoria, que é a última instância recursal. Na etapa de deliberação e decisão da Diretoria, os agentes e consumidores dispõem de mais uma oportunidade para se manifestarem sobre os seus pleitos, sejam eles referentes a processos rotineiros de outorga de concessões; reajustes e revisões tarifárias; sejam eles relativos aos requerimentos que estamos enfocando: recursos administrativos, pedidos de reconsideração e pedidos de invalidação.

Desde outubro de 2004, os processos que envolvam interesses dos agentes do setor elétrico e consumidores passaram a ser deliberados em reunião pública da Diretoria da ANEEL. Os procedimentos gerais destas reuniões estão definidos na Norma Organizacional ANEEL 018, aprovada pela Resolução Normativa nº 87, de 27 de setembro de 2004. A referida norma organizacional pode ser consultada em detalhes no *site* da ANEEL, mas entendo ser relevante apresentar os artigos a seguir transcritos, chamando atenção especial para os arts. 16 e 18 que tratam da sustentação oral pelas partes interessadas:

“Art. 6º É competência exclusiva do Diretor Relator requerer a inscrição do processo na pauta da reunião da Diretoria, o que será feito com o envio dos autos à Secretaria-Geral, com o devido despacho.

(...)

*§ 2º **Será dada divulgação da pauta da reunião por meio da disponibilização prévia, em até dois dias úteis antes da realização da reunião, no sítio da ANEEL e mediante a afixação em local próprio e acessível do edifício sede da Agência e de suas delegadas nos Estados.***

Art. 9º O relatório será disponibilizado ao público no sítio da ANEEL juntamente com a publicação da pauta da reunião.

*Art. 16. Após a aprovação da ata, **o Presidente da reunião declarará aberta à fase de deliberação**, passando a palavra ao Secretário-Geral que chamará os processos na ordem da pauta, ressalvados os pedidos de preferência.*

*§ 1º **As partes do processo poderão requerer preferência na ordem de julgamento da pauta, bem como requerer sustentação oral**, por meio de pedido dirigido previamente ao Secretário-Geral ou feito no local da reunião em até trinta minutos antes do seu início.*

§ 2º Os requerimentos previstos no parágrafo anterior serão objeto de análise e deliberação pelo Diretor-Geral.

§ 3º Ao término das deliberações, proceder-se-á ao expediente para comunicações, indicações, moções e requerimentos, os quais, quando couber, serão analisados pela Diretoria e incluídos em ata.

Art. 17. A deliberação do processo será realizada nas seguintes etapas:

I – leitura do Relatório;

II – pronunciamento das partes, quando couber e houver inscrição prévia;

III – leitura do voto do Diretor Relator seguido de debates orais pelos Diretores e, quando couber, pelo Procurador-Geral ou seu substituto;

IV – votação; e

V – prolação do resultado.

§ 1º O Diretor Relator, caso entenda adequado, poderá fazer a leitura da síntese do Relatório.

§ 2º Logo após a leitura do relatório, o Diretor Relator poderá requerer a realização de apresentação técnica, pelo período máximo de 10 minutos.

Art. 18. Realizada a leitura do relatório e a apresentação técnica, quando houver, será conferida a palavra às partes do processo ou aos seus representantes legais para **sustentação oral, pelo prazo máximo de dez minutos**, nos termos do art. 16, § 1º, desta Norma.

§ 1º Havendo mais de uma parte no processo interessada na defesa de interesse comum, o prazo para sustentação será dividido proporcionalmente entre os litisconsortes.

§ 2º Havendo mais de uma parte no processo interessada na defesa de interesses contrapostos, a sustentação será iniciada pelo autor.

§ 3º Havendo necessidade de réplica, o autor poderá requerê-la ao Presidente da reunião, que poderá deferi-la pelo prazo de cinco minutos.

§ 4º Os Diretores poderão formular perguntas às partes do processo ou aos seus representantes legais.

§ 5º É facultado ao Procurador-Geral ou seu representante legal, após a leitura do relatório ou da sustentação oral, pronunciar-se quanto ao aspecto legal relevante para a elucidação da matéria, pelo prazo máximo de dez minutos.

Art. 19. Após a fase prevista no artigo anterior, o Diretor Relator proferirá o seu voto.

Art. 20. O debate deve permitir a formação do convencimento dos Diretores, podendo cada Diretor formular perguntas ao Diretor Relator, e entre si, de modo a melhorar seu entendimento quanto à matéria, bem como solicitar esclarecimento sobre matérias jurídicas ao Procurador-Geral ou ao seu representante legal.

Art. 21. Encerrada a fase de debate, o Presidente da reunião abrirá a fase de votação, argüindo o Diretor Relator quanto à manutenção do seu voto e, em seguida, colhendo o voto dos demais Diretores na ordem inversa de antiguidade, devendo ao final proclamar o resultado.

§ 1º A Diretoria deliberará com, no mínimo, três votos favoráveis.

§ 2º A votação será a descoberto, devendo cada Diretor apresentar seu voto fundamentado, oralmente ou por escrito, salvo quando acompanhar o voto do Diretor Relator, cabendo ao Diretor-Geral proferir o último voto.

§ 3º Em caso de justificada impossibilidade de comparecimento à reunião, poderá o Diretor encaminhar ao Diretor-Geral, ou ao seu substituto, o seu voto sobre as matérias da pauta, o qual será lido pelo Secretário-Geral e registrado na ata respectiva.

§ 4º O Diretor Relator poderá, motivadamente, a qualquer momento antes da proclamação do resultado, requerer ao Presidente da reunião a retirada do processo da pauta.

§ 5º O processo retirado de pauta será inscrito na pauta para votação até a segunda reunião ordinária seguinte, podendo este prazo ser prorrogado por igual período pelo Diretor-Geral em virtude de pedido justificado do Diretor Relator.

Conclui-se o presente capítulo ressaltando que os novos procedimentos, introduzidos com a Reunião Pública da Diretoria, vieram contribuir para aprimorar a sistemática de deliberação e conferem mais transparência e publicidade ao processo decisório. Adicionalmente, os novos procedimentos garantem maior legitimidade às decisões, em decorrência da participação efetiva dos interessados no processo, que passaram a ter o direito de fazer sua sustentação oral, no tempo de até 10 minutos.

III. ANÁLISE DOS RECURSOS JULGADOS

O objetivo deste capítulo é **apresentar os resultados e um tratamento estatístico da pesquisa realizada sobre os recursos julgados nos primeiros sete anos de existência da ANEEL – anos de 1998 a 2004**. Ressalta-se que, ao longo deste trabalho, o termo recurso muitas vezes é utilizado com um significado mais amplo, ou seja, englobando todas as modalidades de requerimento mencionadas no capítulo anterior: recursos propriamente ditos, efeitos suspensivos, pedidos de reconsideração e requerimentos de invalidação.

Cabe mencionar que a ANEEL foi escolhida para a aplicação da pesquisa por dois motivos: i) foi o primeiro órgão regulador criado no país dentro do novo ambiente institucional e tem, como foi mostrado, um volume considerável de recursos administrativos julgados; e ii) minhas atividades profissionais, desde janeiro de 1999, desenvolveram-se na ANEEL, compreendendo, entre outras funções, analisar e subsidiar a Diretoria no julgamento dos recursos administrativos.

Inicialmente, cabe comentar sobre a forma como a pesquisa foi realizada. Relembrando o que já foi dito antes, todas as decisões sobre os recursos julgados são declaradas por meio Despacho publicado no Diário Oficial da União. Adicionalmente, todos os despachos, bem como outros atos da ANEEL: resoluções, portarias, etc., são disponibilizados na página da Agência na Internet – www.aneel.gov.br

A pesquisa consistiu, assim, de uma busca no “*website*” mencionado, entrando no item Legislação / Pesquisa Legislativa e procurando no item “**Tipo do ato**” todos os **despachos** que contivessem as palavras de interesse: recurso, suspensivo, reconsideração e invalidação. Esta pesquisa fornece para todos os despachos de interesse as seguintes informações: número do despacho, data de publicação, ementa do despacho e o arquivo com o teor do despacho, em formato “pdf”. Os despachos mais recentes a partir do ano 2003 permitem também o acesso ao arquivo do relatório e do voto do diretor-relator.

Caso seja necessário acesso ao processo para conhecer e analisar outros documentos trazidos aos autos, por exemplo: o ato recorrido, o recurso interposto, pareceres técnicos e/ou jurídicos (quando requeridos), isto poderia ser feito a partir do número do processo, que é citado no texto do Despacho. Entretanto, cabe ressaltar, que em geral este acesso não se fez necessário, pois os fatos e

aspectos relevantes para a tomada de decisão estão descritos no relatório e no voto que são levados pelo relator à apreciação da Diretoria. Cabe mencionar, ainda, que o acesso ao processo é restrito às partes envolvidas: o recorrente ou terceiros afetados pela decisão recorrida.

Com base na pesquisa mencionada foram montadas tabelas em EXCEL e, posteriormente estas tabelas foram objeto de uma filtragem ou depuração, pois a busca trouxe outros despachos - associados, por exemplo, a **recurso** financeiro ou **recurso** hídrico - que não interessavam.

As tabelas iniciais continham apenas 3 colunas - NÚMERO DO DESPACHO, DATA DE PUBLICAÇÃO e EMENTA. Com base nas informações da ementa, ou informações complementares, foram acrescentadas mais 6 colunas, com o objetivo de permitir um tratamento estatístico. As colunas adicionadas foram: TIPO; QUEM; SEGMENTO; ASSUNTO; DECISÃO e OBSERVAÇÃO e tem os seguintes significados:

- TIPO = modalidade do recurso: REC = recurso; PR = Pedido de Reconsideração; ES = Efeito Suspensivo; e RI = requerimento de invalidação.
- QUEM = recorrente: nome do agente que interpôs o recurso
- SEG = segmento a que pertence o recorrente: C = consumidor; CM = comercializador; D = distribuição; G = geração; T = transmissão; e O = outros
- ASSUNTO = decisão recorrida: decisão da Diretoria; decisão de alguma Superintendência; ou decisão de alguma Agência Estadual Conveniada
- DECISÃO = tipo de decisão: NC = não conhecer o recurso; NPROV = não provimento do recurso; PP = provimento parcial; e PR = provimento integral do recurso
- OBSERVAÇÃO: alguma informação relevante sobre o porque da decisão, ou sobre o tema recorrido.

Um trecho da tabela obtida é mostrado a seguir:

RELAÇÃO DE DESPACHOS COM DECISÃO SOBRE RECURSOS
ANO DE 2004

DATA	NÚMERO	EMENTA	TIPO	QUEM	SEG	ASSUNTO	DECISÃO	OBSERVAÇÃO
03/03/04	147	Ementa: Desconhece, por intempestividade, o Pedido de Reconsideração interposto pela Empresa Elétrica Bragantina S.A - EEB, contra a decisão do Despacho ANEEL 190 de 09.04.2003, relativo ao Auto de Infração 047/TN481/2002. Arquivo em PDF Relatório de Voto	PR	Bragantina	D	decisão da Diretoria	NC	intempestivo
19/01/04	21	Ementa: Desconhece o Pedido de Reconsideração, interposto pela Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A - CELESC, contra os termos do Despacho ANEEL 931 de 02.12.2003, e confirma a aplicação da	PR	CELESC	D	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa
08/11/04	894	Ementa: Desconhece o recurso com Pedido de Reconsideração, interposto pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA, contra os termos do Despacho ANEEL 109 de 17.02.2004, por estar exaurida a via recursal no âmbito administrativo. Arquivo em PDF Relatório	PR	COELBA	D	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa
24/11/04	952	Ementa: Desconhece o Pedido de Reconsideração apresentado pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA, referente ao processo citado. Arquivo em PDF Relatório	PR	COELBA	D	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa
30/06/04	517	Ementa: Desconhece o recurso com Pedido de Reconsideração, interposto pela Companhia Energética do Rio Grande do Norte S.A - COSERN, contra os termos do Despacho ANEEL 427 de 25.05.2004, por estar exaurida a análise da questão no âmbito administrativo. Relatório de Voto	PR	COSERN	D	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa
27/04/04	338	Ementa: Desconhece o Pedido de Reconsideração, interposto pela Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista - CTEEP, contra a decisão do Despacho ANEEL 321 de 03.06.2003, que manteve o prazo previsto no Contrato de Concessão ANEEL 143 de 21.12.2001, para conclusão dos empreendimentos relativos ao segundo circuito da Linha de Transmissão Chavantes - Botucatu. Arquivo	PR	CTEEP	T	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa
04/03/04	148	Ementa: Desconhece o Pedido de Reconsideração, interposto pela Centrais Elétricas do Rio Jordão S.A - ELEJOR, contra a decisão constante do Ofício SFF/ANEEL 1.233/2002, que desaprovou o contrato de compra e venda de energia elétrica, entre a COPEL Distribuição S.A e a ELEJOR. Arquivo em PDF	PR	ELEJOR	G	decisão da Diretoria	NC	exaurida a esfera administrativa

Posteriormente, as tabelas foram reagrupadas, rearranjadas ou reordenadas de forma a facilitar um tratamento estatístico das informações. Neste sentido resultaram três tabelas principais, que estão disponíveis em planilhas Excel, mas são muito volumosas para serem anexadas.

A primeira tabela refere-se a Recursos Administrativos e esta foram incorporados os Pedidos de Reconsideração, pois constataram-se diversos casos em que o recorrente apresentou um Pedido de Reconsideração - quando deveria ter interposto um Recurso - e a ANEEL, em obediência ao princípio da economia processual, recebeu e analisou o pedido como recurso que era cabível. Como vimos estas duas modalidades têm procedimentos de admissibilidade e análise semelhantes.

As outras duas tabelas referem-se a pedidos de Efeito Suspensivo e de Invalidação. A análise do pedido de efeito suspensivo, como vimos, é de competência do Diretor-Geral e realizada numa etapa anterior à análise do recurso, por esta razão entendeu-se relevante fazer uma avaliação, para mostrar em que situações o efeito suspensivo tem sido concedido.

A tabela a seguir apresenta um resumo do número de pedidos julgados. Verifica-se que, nos sete anos de existência da ANEEL, **foram julgados um total de 648 recursos** interpostos pelos diversos agentes, consumidores e outros (prestadores de serviço, interessados em participar de leilões de concessão, etc.). No mesmo período **foram julgados 212 pedidos de efeito suspensivo**, ou seja, requerendo que a aplicação da decisão ficasse suspensa até o julgamento do mérito do recurso. Foram julgados, ainda, **11 pedidos de invalidação** de atos da ANEEL.

Tabela III.0 – Número de Pedidos Julgados

TIPO	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	TOTAL	2001-2004 (%)
RECURSO	2	41	37	155	110	128	175	648	87,65
EFEITO SUSPENSIVO	1	2	2	9	37	96	65	212	97,64
PEDIDO DE INVALIDAÇÃO	0	1	0	1	0	4	5	11	90,91

Observa-se da tabela acima que no ano de 2001 houve um crescimento significativo no número de recursos, o que em parte se justifica pelo fato de ter ocorrido o racionamento de energia elétrica, que se iniciou em junho deste ano. Nos anos de 2002 e 2003 o número de recursos decresceu; mas voltou a subir em 2004, atingindo o máximo valor anual – 175.

A tabela apresentada permite verificar, também, que a maior concentração de pedidos julgados encontra-se no período 2001 a 2004, representando mais de 87% do total. O número de pedidos de recursos, efeito suspensivo e invalidação foi pouco significativo nos três primeiros anos de existência da ANEEL. Por esta razão a análise que segue neste capítulo enfocará o período 2001 – 2004, no sentido de avaliar os temas mais recorridos; quais os atores do mercado mais têm usado estes mecanismos; quais as motivações dos recursos; quais foram as decisões da ANEEL e se neste conjunto de decisões é possível definir uma jurisprudência administrativa sobre alguns temas.

Portanto, com foco neste período de quatro anos – 2001 a 2004 – apresenta-se nos próximos itens a avaliação de cada um dos tipos de requerimento: recursos administrativos, pedidos de efeito suspensivo e pedidos de invalidação.

III.1 Recursos Administrativos

III.1.1 Quem interpõe os recursos?

A tabela a seguir dá uma idéia de quem são os agentes ou setores de atividade do mercado de energia elétrica que interpõem os recursos. No período analisado - 2001 a 2004 – foram julgados um total de 568 recursos, sendo que **71,8% deles foram interpostos por concessionárias de distribuição**. Este segmento foi o líder em número de recursos em todos os anos analisados. Em segundo lugar no número de recursos estão os consumidores e geradores, com aproximadamente 10% do total cada um.

Tabela III.1.1 – Número de Recursos por Segmento

SEGMENTO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
DISTRIBUIDOR	136	77	81	114	408	71,83
CONSUMIDOR	4	14	18	21	57	10,04
GERADOR	6	14	14	21	55	9,68
OUTROS	4	2	10	11	27	4,75
TRANSMISSOR	5	3	5	7	20	3,52
COMERCIALIZADOR				1	1	0,18
TOTAL	155	110	128	175	568	100

III.1.2 Como tem decidido a Diretoria?

Observa-se na tabela a seguir que dos 568 recursos julgados **104 foram extintos ou não conhecidos; 329 foram conhecidos, mas não tiveram provimento; e 135 recursos tiveram provimento, ou seja, aproximadamente um em cada quatro**. Os que tiveram provimento integral representam 12,85% e aqueles que tiveram provimento parcial 10,92%. Resumindo, em 58% dos casos a Diretoria não deu provimento ao recurso, por entender que as alegações e argumentos apresentados pelo recorrente não foram suficientes para modificar a decisão recorrida; e o recurso não foi sequer conhecido em 18% dos casos, por razões que serão justificadas adiante.

Tabela III.1.2 – Decisões sobre recursos julgados

DECISÃO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
Não Provimento - NPROV	133	41	66	89	329	57,92
Não Conhecer - NC	2	51	22	26	101	17,78
Provimento Integral - PROV	12	8	19	34	73	12,85
Provimento Parcial - PPAR	8	9	21	24	62	10,92
Extinção - EXT		1		2	3	0,53
TOTAL	155	110	128	175	568	100,00

A situação de extinção do recurso, e em conseqüência arquivamento do processo, pode ocorrer basicamente em duas situações: quando o **recorrente desiste do recurso**, pois o conflito ficou superado; ou quando a Administração constata a **perda do objeto** do recurso, ou seja, a razão de pedir deixou de existir.

III.1.3 Motivação adotada para não conhecimento de recursos

A tabela a seguir apresenta os motivos pelos quais a Diretoria da ANEEL decidiu não conhecer determinados recursos.

Tabela III.1.3 – Razões do Não-Conhecimento de Recursos

MOTIVO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
interposto junto a órgão incompetente	1	41	2	1	45	44,55
intempestivo	1	8	13	11	33	32,67
exaurida esfera administrativa			5	9	14	13,86
outros		1	2	1	4	3,96
perda do objeto				3	3	2,97
recurso contra ato abstrato ou parecer		1		1	2	1,98
TOTAL	2	51	22	26	101	100,00

Cabe ressaltar que nas decisões da Diretoria em alguns casos a perda de objeto resultou em extinção e em outros em não conhecimento do recurso. Acima verifica-se que em 2004 três recursos não foram conhecidos por perda de objeto. Na verdade, **o tratamento correto, nesses casos, seria decidir pela extinção e arquivamento**, pois as razões para não conhecer o recurso estão claramente definidas na Lei nº 9.784/99 e no art. 46 da Resolução nº 233/98, já comentado no capítulo anterior.

Constata-se que no ano de 2002, o motivo “interposto junto a órgão incorreto” foi responsável por um número elevado (41) de recursos não conhecidos. O que ocorreu nestes recursos - interpostos pela CELPA, COELBA, COELCE, ELEKTRO e por consumidores atendidos por estas concessionárias - foi que os mesmos foram encaminhados à ANEEL quando ainda havia uma instância recursal na Agência Estadual conveniada. Assim, foi concedida aos recorrentes a devolução de prazo para que os recursos fossem encaminhados para o juízo de reconsideração da autoridade que proferiu a decisão.

Excluídas estas ocorrências, que não se repetiram nos anos posteriores, temos que **os principais motivos de não conhecimento de recursos são: a não observação do prazo recursal e o esgotamento das instâncias administrativas**. Além destes existiram algumas situações de inadmissibilidade, por exemplo: recurso interposto contra o Termo de Notificação, recurso interposto contra decisão que negou o pedido de efeito suspensivo e, também, a situação de recurso contra ato normativo de caráter geral e abstrato, que é prevista como causa de não conhecimento pela Resolução nº 233/98, art. 46, inciso IV.

III.1.4 De quem eram as decisões recorridas?

Mais um aspecto interessante de ser avaliado consiste em determinar quais são as autoridades ou instâncias de decisão que deram origem à decisão recorrida. Esta análise permitiria identificar se, em alguma das instâncias de decisão, está ocorrendo algum problema no processo decisório, algum problema de relacionamento com os agentes. A tabela a seguir apresenta esta visão.

Tabela III.1.4 – Autoridades que deram origem às decisões recorridas

ASSUNTO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
Agências Estaduais conveniadas	121	67	68	86	342	60,21
Superintendências da ANEEL	22	20	33	66	141	24,82
Diretoria da ANEEL	8	21	24	17	70	12,32
Comissão Licitação da ANEEL	3	2	2	4	11	1,94
MAE / CCEE	1	0	1	2	4	0,70
TOTAL	155	110	128	175	568	100,00

Observa-se que mais da metade **(60,2%) dos recursos tiveram origem em decisões das Agências Estaduais conveniadas**, interpostos tanto pelas concessionárias, quanto pelos consumidores.

Em todos os anos analisados, as decisões de agências conveniadas representaram o maior número de recursos julgados pela Diretoria da ANEEL, em última instância administrativa. Cabe destacar o ano de 2001, no qual foram julgados 121 recursos contra decisões das agências conveniadas, ou seja, mais de 75% dos recursos julgados naquele ano. Analisando os recursos do referido ano constata-se que quase a totalidade, ou seja, **113 recursos foram interpostos pela COELBA e destes 105 referiam-se a pedidos de ressarcimento por danos elétricos**.

Os consumidores da COELBA que tiveram algum equipamento eletro-eletrônico danificado durante desligamentos ou ocorrências na rede de distribuição, tiveram sua reclamação deferida pela Agência Estadual - AGERBA e a concessionária recorreu de todas as decisões favoráveis aos consumidores. É importante mencionar que, em todos estes recursos a ANEEL decidiu no sentido de manter a decisão da AGERBA. Tratava-se de uma não aceitação pela concessionária dos critérios adotados para definir o ressarcimento de danos elétricos. Em função do elevado número de recursos, a ANEEL recomendou que a AGERBA se reunisse com a concessionária e esclarecesse os procedimentos e isto ajudou a reduzir a interposição de recursos similares nos anos seguintes.

Cabe mencionar que nos últimos anos, 2003-2004, agências de treze estados tinham celebrado convênio de descentralização com a ANEEL, representando um parcela significativa das empresas distribuidoras e dos consumidores. Entretanto, como se mostrou acima, parte dos recursos contra decisões das Agências Estaduais, talvez pudesse ser resolvida localmente, dentro do espírito da descentralização que é agilizar o processo de resolução de disputas e conflitos. Esta questão merece ser monitorada e avaliada, buscando **definir medidas e ações que tornem os convênios mais efetivos**.

Ainda comentando a Tabela III.1.4, cabe notar que, além dos recursos contra decisões das Agências Estaduais (60,2%) são também relevantes, em número, os recursos contra decisões das superintendências (24,8%) e contra decisões ou resoluções da Diretoria (12,3%). Os demais recursos (2%) contestam decisões das Comissões de Licitação, que são responsáveis pelos leilões para licitação de concessões de geração e transmissão e, também, pela contratação de bens e serviços

para atender as atividades da ANEEL. Em geral, estes recursos referem-se a decisões na fase de habilitação dos proponentes.

Dos 568 recursos julgados no período analisado, 2001 a 2004, os recursos contra decisões das superintendências da ANEEL totalizaram 87, representando 15%. Este total não inclui os recursos referentes a Autos de Infração emitidos pelas superintendências de fiscalização. A tabela III.1.5 a seguir mostra quais as superintendências tiveram decisões recorridas e a respectiva participação no total de recursos. As três primeiras superintendências, em termos de recursos julgados, foram a SFF, com mais de 40% do total, e em seguida a SEM e a SRE com 12,64% cada uma.

Tabela III.1.5 – Recursos contra decisões das Superintendências da ANEEL

ASSUNTO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
SFF - Fiscalização Econ-Financ	4	4	11	17	36	41,38
SEM - Estudos Econ. e de Mercado			1	10	11	12,64
SRE - Regulação Econômica	6	3		2	11	12,64
SRC - Regulação da Comercialização	2		2	2	6	6,90
SCT - Concessões de T&D		2	1	1	4	4,60
SPH - Projetos Hidrelétricos		3		1	4	4,60
SCG - Concessões de Geração			2	1	3	3,45
SMA - Mediação Administrativa		1	1	1	3	3,45
SAF - Administrativa Financeira				2	2	2,30
SFG - Fiscalização de Geração		1		1	2	2,30
SRD - Regulação da Distribuição				2	2	2,30
SRG - Regulação da Geração	1			1	2	2,30
SRH - Recursos Humanos				1	1	1,15
TOTAL	13	14	18	42	87	100,00

Cabe observar que o número de recursos contra decisões das superintendências no ano de 2004, mais que dobrou em relação aos anos anteriores, sendo que a SFF e a SEM juntas foram responsáveis por 27 recursos, ou seja, 64,3% dos recursos no ano referido. Com relação à SFF, os principais temas recorridos foram: contrato bilateral de compra de energia com parte relacionada (8 recursos); contrato de prestação de serviços com parte relacionada (4 recursos); empréstimos, contratos de mútuo e garantias (4 recursos); e prestação de contas do MAE (1 recurso). Já em relação à SEM, os principais temas recorridos foram: revisão de montantes de energia em Contratos Iniciais (6 recursos); contratos bilaterais de compra de energia – registro, limite de repasse e lastro físico (3 recursos); e Leilão de Energia Excedente – habilitação (1 recurso).

III.1.5 Recursos referentes a Auto de Infração - AI

Na Tabela III.1.4 os recursos referentes a AI foram distribuídos entre as autoridades que podem emitir AI, a saber: as Agências Estaduais e as superintendências de fiscalização da ANEEL. É importante notar que a grande maioria das concessionárias autuadas, antes de pagar a multa estabelecida no AI, esgota todas as instâncias recursais. Assim, a quase totalidade dos AI chega à última instância administrativa – a Diretoria da ANEEL – até mesmo quando a penalidade é de advertência, sem multa pecuniária.

Cabe ressaltar que estes recursos atingiram um total de 93 no período 2001-2004, representando 16,2% do total. A tabela a seguir fornece uma visão geral, sem entrar no mérito de cada AI, de como a Diretoria da ANEEL tem decidido:

Tabela III.1.6 – Decisões sobre recursos referentes a Autos de Infração

DECISÃO	2001	2002	2003	2004	TOTAL	%
Não Provimento - NPROV	4	3	22	20	49	53,26
Provimento Parcial - PPAR	5	7	3	10	25	27,17
Não Conhecer - NC	1	8	0	2	11	11,96
Provimento Integral - PROV	1	0	1	5	7	7,61
TOTAL	11	18	26	37	92	100,00

Observa-se na tabela acima que, no caso específico de recursos a AI, a Diretoria tem revisto um percentual maior das decisões das áreas autuantes. Enquanto que nos recursos de uma forma geral o provimento integral e parcial representava 24%, conforme acima comentado, no caso de AI o provimento dos recursos chega a 34,78%. O provimento integral, ou seja a anulação ou cancelamento do Auto de Infração, atinge 7,6% dos casos; e o provimento parcial chega a 27,17 % dos casos, isto é, o valor da multa é reduzido pela Diretoria, seja porque alguma das infrações contidas no AI é desconsiderada, ou mesmo que todas as infrações sejam mantidas a Diretoria adota uma dosimetria mais atenuada para definir o valor da multa.

No próximo capítulo serão analisados em maior detalhe os temas recorridos e as motivações adotadas pela Diretoria para decidir. Assim, no item a seguir apresenta-se uma idéia geral sobre um outro tipo de requerimento – o efeito suspensivo, analisando os sete anos de existência da ANEEL.

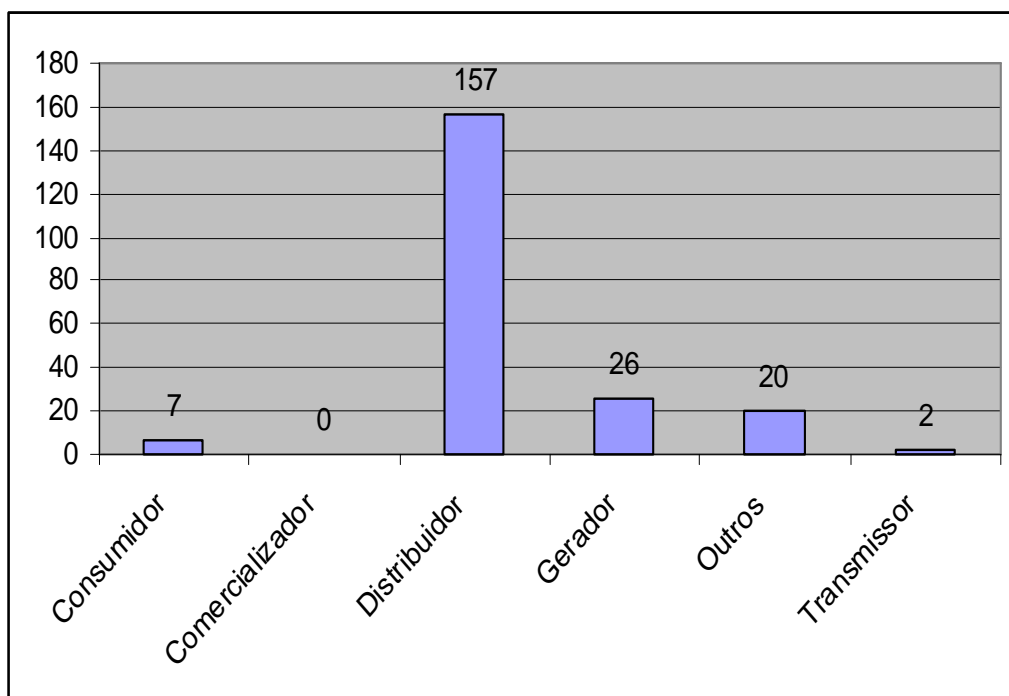
III.2 Pedidos de Efeito Suspensivo

O número de pedidos de efeito suspensivo entre 1998 e 2004 atingiu o total de 212. Constatase uma maior concentração dos pedidos a partir do ano 2002, sendo que no ano de 2003 ocorreram 96 pedidos e no ano de 2004 ocorreram 65. Portanto, nestes dois anos ocorreram 76% dos pedidos de efeito suspensivo.

III.2.1 Quem interpõe os pedidos de efeito suspensivo?

A gráfico a seguir dá uma idéia de quem são os agentes ou setores de atividade do mercado de energia elétrica que interpõem os pedidos de efeito suspensivo. No período analisado foram julgados um total de 212 pedidos, sendo que, como no caso de recursos, **mais de 70% deles foram interpostos por concessionárias de distribuição**. Os agentes de geração apresentaram 12,3% dos pedidos e os consumidores 3,3%. Na categoria “Outros”, responsável por quase 10% dos pedidos, estão incluídos importadores de energia, o ONS, associações e entidades representativas dos agentes como: ABRADDEE, ABRAGE, ABRACE e outras.

Gráfico III.2.1 – Número de pedidos de efeito suspensivo por segmento



III.2.2 Como tem decidido a Diretoria ?

Observa-se na tabela a seguir que, dos 212 pedidos de efeito suspensivo julgados, em 110 casos o efeito suspensivo foi concedido; em 96 casos o pedido foi negado; e em 3 casos o pedido não foi conhecido. Em resumo em 52% dos casos a Diretoria concedeu o pedido e em 45% dos casos o pedido foi negado, pois a Diretoria entendeu que não se encontrava presente o requisito de lesão grave e de difícil reparação ensejador da suspensividade.

Tabela III.2.1 – Decisões sobre pedidos de efeito suspensivo

ANO	CONCEDE	NEGA	NC	CASSA	TOTAL
1998	1	0	0	0	1
1999	2	0	0	0	2
2000	2	0	0	0	2
2001	2	7	0	0	9
2002	22	14	1	0	37
2003	52	40	2	2	96
2004	29	35	0	1	65
TOTAL	110	96	3	3	212
%	51,9	45,3	1,4	1,4	100,0

Cabe mencionar que em três casos o efeito suspensivo inicialmente concedido foi cassado. Nos dois casos ocorridos em 2003, tratava-se de recurso contra decisão da SFF e esta superintendência, quando do juízo de reconsideração, alertou à Diretoria da inoportunidade do efeito suspensivo concedido, conquanto contrariava outras decisões da Agência em relação à demandas semelhantes. A Diretoria, em face deste alerta, reavaliou sua posição anterior e “de ofício” revogou o Despacho que havia concedido o efeito suspensivo.

O caso de cassação do efeito suspensivo ocorrido em 2004 refere-se a decisão de uma Agência Estadual em face de reclamação feita por um consumidor. A referida agência indeferiu a reclamação, mas concedeu o efeito suspensivo, até o julgamento da ANEEL em última instância administrativa. A ANEEL entendeu que a reclamação não era admissível no âmbito administrativo, pois já existia decisão judicial, e cassou o efeito suspensivo concedido.

III.3 Requerimentos de Invalidação

A tabela III.3.1 a seguir apresenta a relação completa com os 11 (onze) pedidos de invalidação julgados pela ANEEL entre 1998 e 2004. Observa-se que dois pedidos não foram conhecidos, um por

intempestividade e outro por tratar-se de pedido de invalidação de decisão da ARCE – Agência Reguladora do Ceará e, portanto, o pedido deveria ser interposto junto àquela agência e não perante a ANEEL.

Quando à intempestividade do pedido de invalidação, a decisão da ANEEL é, no mínimo, discutível, pois, conforme mencionado no capítulo anterior (item II.5.3), não existe previsão na Norma Organizacional da ANEEL, e tampouco consenso entre os doutrinadores do direito administrativo, sobre qual o prazo para invalidação provocada de um ato ou contrato administrativo.

Tabela III.3.1 – Despachos referentes a decisões sobre requerimentos de invalidação

DATA	NÚMERO	QUEM	SEG	ASSUNTO	DECISÃO	COMPLEMENTAÇÃO
20/12/04	1075	Foz do Chopim Energética	G	Despacho 906/2003	NC	intempestivo contrato bilateral CCVE com parte relacionada
02/04/03	171	COELCE	D	decisão da ARCE	NC	interposto perante órgão incompetente
12/04/04	290	LIGHT	D	Despacho 618/2003	NPROV	contrato de fornecimento para atendimento do consumo próprio da UTE Eletrobolt
12/03/03	109	Engefoto Engenharia	G	Despacho 391/2001	NPROV	aprovação de estudos de inventário
20/12/04	1076	Duke Energy	G	Resolução 141/99	NPROV	exclusão como cotista de Itaipu
05/11/04	880	Proprietários de áreas afetadas	O	Resolução 315/2004	NPROV	declaração de utilidade pública em favor da Rosal Energia
15/07/04	563	ABRACE e outros	O	Resolução 049/2004	NPROV	cobrança do ECE pela CBEE dos consumidores ligados à RB
10/07/03	412	COELBA, COSERN	D	Resolução 248/2002	NPROV	repasse de preços de contratos bilaterais para as tarifas de fornecimento
25/04/03	236	Ferro Ligas Piracicaba	G	Resolução 224/2000	NPROV	extinção de concessão para PCH (decreto de 1991)
14/11/01	935	AES Sul	D	Resolução 044/2001	NPROV	contratos iniciais com as pequenas distribuidoras
04/10/99	406	ESCELSA	D	Resolução 246/1998	NPROV	tarifas homologadas na primeira revisão tarifária

Dos nove pedidos de invalidação que foram conhecidos, dois pediam a anulação de Despachos da ANEEL e sete pediam a anulação integral ou parcial de Resoluções da ANEEL. Nenhum dos requerimentos foi provido, ou seja, a Diretoria decidiu que não havia nenhuma ilegalidade ou vício a ser sanado ou corrigido nos atos contestados.

Quanto aos Despachos que se pretendia invalidar, um deles aprovou o estudo de inventário do Rio São Jerônimo, no estado do Paraná, e uma outra parte interessada questionou resultado do

estudo, ou seja, a divisão de quedas aproveitáveis. Não se constatou no processo nenhuma ilegalidade na execução ou aprovação do estudo.

O segundo despacho contestado decidiu pela anulação de um contrato de fornecimento entre a Light e a UTE Eletrobolt, celebrado para atendimento do consumo próprio da usina. A Light alegou algumas ilegalidades, entre estas, que a Diretoria agravou a decisão da superintendência quando declarou o contrato nulo e, quando isto acontece deve ser aberto prazo para manifestação do agente afetado, o que não ocorreu. Alegou, também, que não existe na legislação, ou regulamentos aplicáveis, qualquer comando que vede ao agente de geração assinar um contrato como o que foi anulado.

O pedido de invalidação da Light, que integra o processo nº 48500.002848/03-11 foi indeferido pelo Despacho nº 290, de 12/04/04, com base em parecer da Procuradoria Federal da ANEEL. A Light usando do direito conferido pela Norma Organizacional ANEEL 001, art. 62, VII, interpôs pedido de reconsideração, que novamente foi apreciado pela Procuradoria e indeferido pelo Despacho nº 716, de 20/06/05. Este novo despacho, entretanto, reconheceu que, apesar de mantida a anulação, o contrato gerou efeitos durante os 21 meses de vigência que não poderiam ser anulados e, assim, era devido o pagamento pela energia fornecida no período.

III.3.1 Requerimentos de Invalidação de Resoluções

Apresenta-se a seguir, de forma resumida, comentários sobre os argumentos aduzidos nos requerimentos de invalidação de resolução da ANEEL, bem como a fundamentação e motivação da Diretoria para a decisão de não provimento dos pedidos. A apresentação é feita tomando-se como referência o número e ano dos despachos publicados.

Despacho nº 1.076/2004 – A Duke Energy, controladora da Geração Paranapanema, pretendia invalidar a Resolução Normativa nº 141, de 1999, que estabeleceu os montantes de energia e demanda dos Contratos Iniciais e nestes montantes incluía uma parcela da quota de Itaipu que, originalmente, foi definida para a CESP. O requerimento foi indeferido, dado que o rol de quotistas de ITAIPU, previsto nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.899/73, não foi alterado pela regulamentação expedida pela ANEEL mas, tão somente, adaptado à nova realidade resultante da cisão da CESP, que deu origem à AES-Tietê e à Geração Paranapanema.

Despacho nº 880/2004 – Proprietários de terra pretendiam invalidar a Resolução Autorizativa nº 315, de 2004, que declarou de utilidade pública para efeitos de desapropriação as áreas necessárias à construção da estrada de acesso à UHE Rosal. O requerimento foi indeferido, com base no Parecer nº 245/2004-PF/ANEEL que ressaltou que “a sistemática jurídica repudia o impedimento da exploração de um bem público, no caso a UHE Rosal, motivado por interesse particular em detrimento do interesse público e que a resolução combatida não tem o caráter de “decreto de desapropriação”, mas tão somente autoriza a Rosal Energia “a promover, com recursos próprios, amigável ou judicialmente, a desapropriação, podendo, inclusive, invocar o caráter de urgência nos termos do art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, alterado pela Lei nº 2.786, de 1956.”

Despacho nº 563/2004 – A ABRACE – Associação Brasileira dos Grandes Consumidores de Energia Elétrica e outros pretendiam invalidar a Resolução Normativa nº 049, de 2004, que atribuiu à CBEE a cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial – ECE dos consumidores conectados na Rede Básica. O requerimento foi indeferido, com base no Parecer nº 139/2004-PF/ANEEL que esclarece que a resolução determina apenas a substituição da entidade arrecadadora dos recursos (substituição do ONS pela CBEE) e não cria e nem altera nenhum encargo. Portanto, não se criou, extinguiu ou alterou qualquer direito preexistente, nem se alterou o status jurídico das requerentes de devedoras, não havendo, também, a necessidade de realização prévia de audiência pública.

Despacho nº 412/2003 – A COELBA e a COSERN pretendiam invalidar a Resolução nº 248, de 2002, que atualizou os procedimentos para cálculo do limite de repasse do preço de compra da energia elétrica para as tarifas de fornecimento. A resolução combatida criou o Valor Normativo - VN único e estabeleceu como limite de repasse às tarifas o valor correspondente a 100% do VN. O requerimento foi indeferido, com base no Parecer nº 157/2002-PGE/ANEEL que esclarece nenhum direito foi desrespeitado, resguardando-se a regra anterior para os contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, protocolizados na ANEEL até a data da publicação da nova Resolução.

Despacho nº 236/2003 – A Ferro Ligas Piracicaba pretendia invalidar a Resolução nº 224, de 2000, que extinguiu a concessão que detinha para construção da PCH Salto do Rio Claro. O requerimento foi indeferido, com base no Parecer nº 003/2003-PGE/ANEEL que esclarece que a extinção de concessão é competência delegada à ANEEL, nos termos do caput do art. 3º da Lei 9.427, de 1997, cumulado com o inciso IV do art 29 da Lei 8.987, de 1995, sendo irrelevante o fato da outorga ter sido conferida por Decreto, anterior à criação da ANEEL. Adicionalmente, alega que foi conferido à requerente oportunidade para a ampla defesa e que a extinção da concessão está amparada no

disposto no art. 20 da Lei 9.074, de 1995, que traz comando legal de extinção da concessão, no caso de não ser apresentado, no prazo, o Plano de Conclusão de Obra.

Despacho nº 935/2001 – A AES-Sul pretendia invalidar a Resolução nº 044, de 2001, que estabelece diretrizes e condições para os Contratos Iniciais entre algumas concessionárias especificadas. A concessionária alegou que a resolução foi publicada sem ter sido antecedida de Audiência Pública e que, também, extrapola a competência legalmente atribuída à ANEEL para regulamentar os contratos de compra e venda de energia elétrica. O requerimento foi indeferido considerando que: (i) houve um processo de audiência documental e reuniões com os agentes afetados, que registrou 73 contribuições de 20 agentes, entre os quais a AES-SUL; (ii) o art. 10 da Lei 9.648/98 estabelece um período transitório (1998-2005), com vigência de Contratos Iniciais regulados e só a partir de 2006 um regime de livre competição na compra e venda de energia e confere expressa competência à ANEEL para regular no período de transição os referidos contratos.

A AES-Sul ingressou com Pedido de Reconsideração da decisão acima sobre o requerimento de invalidação. Entretanto, neste período a Lei 10.438, de abril de 2002, alterou o comando legal anterior e extinguiu para as distribuidoras com mercado inferior a 300 GWh/ano a livre negociação. Assim, a ANEEL publicou, em maio de 2003, a Resolução nº 236, que alterou a sistemática de compra de energia das pequenas distribuidoras e revogou a Resolução nº 044/2001 que a AES-Sul pretendia invalidar. Em decorrência, na reunião de 31/08/05 a Diretoria da ANEEL, por unanimidade, decidiu não conhecer do Pedido de Reconsideração e extinguir o processo por perda de objeto.

Despacho nº 406/1999 – A ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas pretendia invalidar a Resolução nº 246, de 1998, que homologou os resultados da primeira revisão tarifária ordinária desta distribuidora. O reposicionamento tarifário definido no processo de revisão estabeleceu uma redução média de 3,4% nas tarifas praticadas pela concessionária (a redução variou entre -5,3% para os consumidores residenciais e -1,0% para grandes consumidores, órgãos públicos e iluminação pública). Ao requerimento de invalidação a concessionária incorporou o pedido de efeito suspensivo, tendo sido este indeferido pela ANEEL.

Com relação ao efeito suspensivo a ESCELSA entrou com Mandado de Segurança na justiça federal, que, por meio da decisão nº 11/99, de 11/01/99, concedeu liminar suspendendo a aplicação da Resolução 246/98. Em 26/01/99 a ANEEL obteve, por meio de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a suspensão da medida liminar. Posteriormente, a concessionária entrou com agravo de

instrumento alegando: (i) a ilegitimidade da ANEEL para postular a suspensão da liminar; e (ii) que a Agência não tinha ainda julgado o pedido de invalidação, desrespeitando os prazos regulamentares.

O presidente do TRF, em novo despacho datado de 26/08/05, considerou improcedente a primeira alegação acima mencionada, justificando que a ANEEL instituída com a natureza jurídica de **“autarquia sob regime especial”** está legitimada para requerer a suspensão de segurança com arrimo no art. 4º da Lei nº 4.348/64. Menciona, entretanto, que o recurso da ESCELSA apresenta fato superveniente - a falta de decisão da ANEEL sobre o pedido de invalidação - que justifica o reexame da matéria. Assim, considerando o art. 48 da Lei nº 9.784/99 que estabelece que **“A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações e reclamações, em matéria de sua competência”** e que já havia transcorrido mais que o dobro do prazo regulamentar previsto para manifestação da Agência, reconsidera a decisão anterior e reestabelece o efeito suspensivo.

Finalmente, com base no Parecer nº 187/1999-PGE/ANEEL, de 28/09/99, o requerimento de invalidação foi indeferido pela Diretoria da ANEEL e a decisão publicada no Despacho nº 406, de 04/10/99. A Justiça Federal, por meio da Sentença nº 382/99, declarou extinto o processo sem julgamento do mérito, considerando que a ESCELSA impetrou o Mandado de Segurança em 15/12/98 e, portanto, já havia decorrido o prazo decadencial (a resolução combatida foi publicada em 03/08/98). Assim a ESCELSA teria delimitado o seu pleito no sentido de compelir a ANEEL a decidir sobre o seu requerimento, o que já havia ocorrido.

Em face da decisão acima da Justiça Federal, a ESCELSA interpôs na ANEEL um Pedido de Reconsideração da decisão sobre o Requerimento de Invalidação. Este pedido foi analisado pelo Parecer nº 217/1999-PGE/ANEEL que opinou no sentido de não existirem fatos novos ou relevantes que demonstrassem vício de legalidade no processo de revisão tarifária. Acolhendo este posicionamento a Diretoria decidiu, por meio do Despacho nº 506, de 07/12/99, negar provimento ao pedido de reconsideração.

Assim, este capítulo apresentou um panorama geral da pesquisa efetuada, mostrando alguns resultados principais. Vimos, por exemplo que as concessionárias de distribuição foram responsáveis por 71,83% dos recursos; que 17,78% dos recursos apreciados não foram conhecidos; que 60,21% das decisões recorridas foram exaradas pelas Agências Estaduais conveniadas; e que 16,2% referiam-se a Autos de Infração.

IV. FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE OS TEMAS MAIS RECORRIDOS

O objetivo deste capítulo é apresentar uma análise conceitual e teórica sobre os princípios aplicáveis e requisitos necessários à formação de uma jurisprudência administrativa de modo que decisões reiteradas sobre alguns temas mais recorridos possam ser sumuladas no sentido de uniformizar o entendimento e as decisões e agilizar o processo de julgamento dos recursos administrativos.

IV.1 *Jurisprudência - Conceitos*

A jurisprudência é referida por muitos estudiosos do Direito como uma das “fontes do direito”, entretanto, José Marcelo Menezes Vigliar - Procurador de Justiça, Mestre e Doutor em Direito Processual Civil – defende que se deve preferir a designação “formas de expressão do direito”, colocando, assim, a jurisprudência ao lado das leis e costumes. O referido autor, em seu livro “Uniformização de Jurisprudência – Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar”, menciona que “nem a lei e nem a jurisprudência seriam propriamente fontes do direito, mas manifestações deste” e cita Rubens Limongi França para esclarecer:

“as formas de expressão do direito são os modos pelos quais o direito se exterioriza. É a roupagem de que se reveste para vir à tona dos fatos da vida. A doutrina tradicional tem-nas confundido com aquilo que impropriamente denomina “fontes” do direito. Ora, as fontes do direito, isto é, aquilo de onde provém o Direito são o direito natural e o arbítrio humano. As assim chamadas fontes formais não são fontes, mas, como preferimos dizer, por se tratar de solução mais correta, ‘formas de expressão do direito’”.

IV.1.1 O que é jurisprudência?

A palavra jurisprudência tem origem no latim, onde *júris* significa direito e *prudencia* significa sabedoria. Portanto, jurisprudência pode ser entendido como a ciência do direito e das leis; conjunto dos princípios de direito seguidos num país em certa matéria, numa determinada época. Entretanto, novamente citando Rubens Limongi França [R], um dos autores que mais se preocuparam em estudar o tema, temos os seguintes sentidos para o termo jurídico em consideração:

- a) Jurisprudência como um conceito lato, que abrangeria toda a ciência do direito, teórica e prática, seja a elaborada pela doutrina, seja a elaborada propriamente pelos tribunais;
- b) Jurisprudência como o conjunto das manifestações dos jurisconsultos (os então chamados *prudentes*), diante de questões jurídicas concretamente apresentadas para solução; aproximar-se-ia, neste contexto, segundo o autor, aos atuais pareceres produzidos pelos juristas renomados;
- c) Jurisprudência como doutrina jurídica geral, sem a preocupação com o caso concreto;
- d) Jurisprudência como a massa geral das manifestações dos juízes e tribunais sobre os casos que lhes são apresentados; e
- e) Jurisprudência como o conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre a mesma matéria, de forma constante, reiterada e, ainda, pacífica.

No Brasil, o termo tem sido empregado neste último sentido, embora existam alguns agentes do direito que tentam classificar antecedentes e decisões esparsas como equiparáveis à jurisprudência. José Marcelo Vigliar defende que todos os elementos associados à última definição acima são de extrema importância para conferir à jurisprudência o papel de *forma de expressão do direito*. Assim, a constância na revelação do entendimento, a reiteração deste mesmo entendimento e, também, a aceitação pacífica devem estar presentes.

Firmado o conceito de jurisprudência é importante definir, ainda, alguns termos geralmente associados a este tema, que serão usados ao longo deste trabalho e podem ser desconhecidos para os não versados no Direito, são eles:

- Acórdão – Julgado, decisão proferida por órgão colegiado. Caracteriza-se, e nisto difere da sentença, por ser decisão coletiva, tomada por voto dos juízes componentes do tribunal, corte ou câmara.
- Aresto – Acórdão, decisão proferida por um tribunal de justiça, que serve de paradigma para solução de casos análogos. É uma das fontes da jurisprudência.
- Súmula – Sumário ou exposição abreviada do conteúdo integral de alguma coisa. Na jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos do mesmo tribunal, revelando sua orientação para casos análogos.

IV.1.2 Quais são as funções da jurisprudência?

Com o entendimento acima do que seja jurisprudência, destaca-se a seguir, os papéis que cumpre a esta forma de expressão do direito desempenhar. Novamente no entender de Rubens Limongi França as seguintes funções podem ser assumidas:

- a) Interpretação da lei, mesmo porque não se pode aceitar o aforismo inexplicável que prega que *a lei clara não necessita de interpretação*;
- b) Vivifica a lei, porque uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico;
- c) Humaniza a lei, porque há que se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum;
- d) Suplementa a lei, para que as lacunas – que são inevitáveis – sejam vencidas e todos os eventos da vida disciplinados pelo direito;
- e) Rejuvenesce a lei, para destacar-lhe as imprecisões, incongruências, aspectos ásperos e mesmo as inevitáveis falhas, re-elaborando, constantemente, o sistema jurídico que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico e da sociedade.

O conjunto, acima destacado, de papéis reservados à jurisprudência leva a duas conseqüências ou requisitos inevitáveis: i) a jurisprudência deve ser progressiva e sempre interpretar o direito que lhe é apresentado (mesmo que aparentemente claros os termos da lei), impedindo que esta se torne imune aos avanços da sociedade; e ii) deve ser uniforme para que cumpra essa mesma função, mas proporcionando, acima de tudo, segurança ao jurisdicionado.

As leis envelhecem, à medida que deixam de existir suas circunstâncias motivadoras, mas quase sempre são rejuvenescidas pela interpretação jurisprudencial. Essa interpretação, nas origens remotas do direito romano, estava afeta aos pontífices, que eram chefes religiosos. Mais tarde, porém, passou a ser obra de juristas leigos (prudentes), conhecedores do direito. Eles inovavam, criavam novas normas, partindo das existentes: isto por meio da interpretação extensiva destas.

Marcelo Roberto Ferro, em artigo doutrinário sobre o tema, destaca o papel que a jurisprudência cumpre deve sempre ser considerado num determinado Estado e num determinado momento histórico, porque revelará os princípios e costumes que ali são aceitos. O referido autor

conclui que a jurisprudência é indispensável à aplicação e ao progresso do direito, por seu caráter *completativo e perfeccionador* em relação à lei.

Assim, considerando a própria dinâmica do Direito, pode ocorrer que um julgado diverso venha a alterar de forma definitiva um entendimento que, até então, se considerava cristalizado pela jurisprudência. Muitos são os fatores que podem levar a esta situação: a evolução dos meios tecnológicos, a necessidade de se dar uma interpretação mais restritiva ou mais ampliativa a determinados assuntos, a própria produção legislativa, levam os tribunais a alterar antigos conceitos acerca de determinados institutos já aparentemente sedimentados. Mesmo existindo, essa possibilidade de alteração de posturas, não se pode negar a importância dos papéis reservados à jurisprudência.

Em resumo, pode-se concluir que havendo jurisprudência a respeito de um caso determinado, o **juiz singular, ou uma instância colegiada de decisão judicial ou administrativa**, não precisará se dar ao trabalho de descobrir a motivação necessária à fundamentação da sentença ou da decisão, podendo, simplesmente, repetir o que se acha assentado em decisões anteriores.

Cabe destacar que, além de conferir maior agilidade ao julgamento ou à decisão, respectivamente, no âmbito judiciário ou administrativo, a formação de jurisprudência permite ao jurisdicionado ou administrado conhecer o pensamento das instâncias de decisão, bem como conhecer os riscos que sujeitam suas demandas, estabelecendo um prognóstico de razoabilidade de sucesso ou não. Adicionalmente, a jurisprudência proporciona segurança aos jurisdicionados / administrados, evitando a preocupação de se defrontar com interpretações antagônicas sobre um tema que tenha sido, anteriormente, julgado ou decidido.

IV.2 Jurisprudência Administrativa

A princípio pode parecer um paradoxo se falar em jurisprudência administrativa, pois a palavra jurisprudência, em tese, estaria associada a decisões do Poder Judiciário. Talvez não seja a forma mais adequada de se designar as decisões reiteradas de instâncias colegiadas, no âmbito da Administração Pública. Entretanto, seu uso está consagrado em leis e normas aplicáveis aos órgãos do Poder Executivo.

A Lei Complementar nº 73, de 1993, instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU que compreende diversos órgãos, no âmbito do Poder Executivo, responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico. Os artigos 2º a 16 definem os órgãos que compõem a AGU e suas competências. Aí estão incluídas instituições como: a Procuradoria-Geral da União e da Fazenda Nacional, as Procuradorias Regionais da União e da Fazenda Nacional, e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, entre outros.

O art. 17 define que são vinculados à AGU os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas, portanto, incluindo a Procuradoria Federal da ANEEL, uma vez que esta Agência foi criada como autarquia especial. O art. 4º define as atribuições do Advogado-Geral da União e no seu inciso XII estabelece que a ele compete: “**editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais**”. Esta competência para editar súmulas somente é atribuída ao Advogado-Geral da União e o art. 43 da referida assim dispõe sobre as súmulas editadas:

“Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

§ 1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos.

§ 2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.”

A Resolução ANEEL nº 233, de 1998, já referida neste trabalho, no seu art. 5º, faz referência à jurisprudência administrativa, nos seguintes termos:

“Art. 5º Os processos administrativos observarão o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e, dentre outros, os seguintes critérios:

*I – atuação conforme a lei, a **jurisprudência administrativa em vigor** e a doutrina;*
(.....)

O disposto no artigo acima, ao que parece, foi incluído para garantir a aplicação das súmulas editadas pela AGU. Entretanto, cabe indagar se os órgãos que compõem a AGU, incluindo as Procuradorias Federais junto às Agências Reguladoras têm competência, também, produzir súmulas que consolidem a jurisprudência do seu respectivo órgão, embora a lei complementar não tenha comando específico para este fim.

Fazendo-se uma pesquisa na Internet sobre “jurisprudência administrativa” foi possível encontrar na página dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda (www.conselhos.fazenda.gov.br) referência à jurisprudência produzida por estes conselhos, e na página da EDESP – Escola de Direito de São Paulo da FGV (www.edesp.edu.br) referência a mais quatro órgãos públicos que estariam disponibilizando a jurisprudência administrativa produzida pelos seus julgados. As referidas instituições e seus respectivos endereços na internet estão relacionadas a seguir:

- ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, www.anatel.gov.br
- CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, www.cade.gov.br
- CVM – Comissão de Valores Mobiliários, www.cvm.gov.br e
- TIT – Tribunal de Impostos e Taxas, www.fazenda.sp.gov.br/tit .

Entretanto, aprofundando a análise na página destas instituições na Internet, verificou-se que nenhuma delas apresenta jurisprudência dentro da acepção adotada neste trabalho, ou seja, decisões reiteradas e pacificadas. Tanto os Conselhos de Contribuintes quanto o CADE apresentam jurisprudência num sentido mais amplo, isto é, consideram os acórdãos (decisões esparsas) como jurisprudência. Já na página da CVM o que encontramos foram Pareceres de Orientação, emitidos de acordo com o art. 13 da Lei nº 6.385/76, que tem o objetivo de orientar os agentes do mercado e os investidores sobre matérias que cabe à CVM regular.

No caso da ANATEL, uma agência reguladora como a ANEEL, entrando na página citada e clicando em Biblioteca / Súmulas, tem-se acesso a um conjunto de seis súmulas, quatro delas produzidas no ano de 1998, uma em 2000 e a última em janeiro de 2002. Verifica-se que as súmulas, neste caso, não têm a conotação de consolidar os julgados reiterados e pacificados, mas, sim, de interpretar a lei geral de telecomunicações ou tratar de casos omissos, conforme previsto no inciso XIII, art. 35 do Decreto nº 2.338/97, que aprovou o Regulamento da ANATEL. Parece que, esclarecidas algumas dúvidas iniciais, as súmulas não mais foram produzidas após 2002.

Da pesquisa realizada é possível concluir que nenhum órgão da administração pública tem produzido jurisprudência, na acepção mais estrita do termo, ou seja, julgados reiterados e pacificados. Por outro lado, não se constatou nenhuma vedação legal para que isto seja feito.

No caso das Agências Reguladoras é até compreensível que a formação de jurisprudência não tenha acontecido, pois são instituições que estão consolidando sua forma de atuação e têm pouco

tempo de existência, portanto, com um volume de decisões talvez insuficiente, para caracterizar entendimentos reiterados. Entretanto, considero que, completada esta primeira etapa de definição dos aspectos regulatórios, deverá existir uma etapa de consolidação institucional, onde a definição de jurisprudência terá um papel relevante no sentido de dar visibilidade e maior segurança jurídica aos administrados.

IV.3 Temas Mais Recorridos na ANEEL e Respectivas Decisões

A tabela a seguir mostra o número de recursos agrupados por tema geral. Cada um dos temas gerais foi dividido em sub-temas, ou temas específicos, e na análise que será apresentada a seguir os temas gerais mais representativos serão abertos por tema específico e comentados, no sentido de apresentar qual foi o entendimento da Diretoria da ANEEL no julgamento do mérito e quais foram as motivações e fundamentos das decisões.

Tabela IV.3.1 – Número de Recursos por Tema Geral – período 2001 - 2004

TEMA GERAL	TOTAL POR TEMA	TOTAL (%)
RESSARCIMENTO DE DANOS ELÉTRICOS	136	35,70
COMERCIALIZAÇÃO E FATURAMENTO	105	27,56
GERAÇÃO	21	5,51
COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATOS BILATERAIS	15	3,94
COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATOS INICIAIS - CI	15	3,94
INDENIZAÇÃO	15	3,94
TRANSMISSÃO	13	3,41
ANUÊNCIA PRÉVIA	12	3,15
TARIFA DE FORNECIMENTO	10	2,62
OUTROS	10	2,62
CONTRIB. P/ CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA	6	1,57
DISTRIBUIÇÃO	6	1,57
CONTRATO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À ANEEL	5	1,31
ACESSO	3	0,79
ENCARGOS E TRIBUTOS	3	0,79
ONS	3	0,79
COMPARTILHAMENTO	2	0,52
MAE	1	0,26
TOTAL	381	100,00

No capítulo anterior foi mostrado que no período 2001-2004 foram julgados 568 recursos, entretanto, para os objetivos do presente capítulo – que é buscar as decisões reiteradas – foram excluídos alguns recursos, a saber: i) aqueles que foram extintos ou não conhecidos, porque nestes casos nem sequer se tomou ciência dos pleitos e argumentos apresentados; e ii) recursos referentes a

Autos de Infração - AI, porque nestas ocorrências, praticamente, cada AI está associado a uma ou mais infrações bastante específicas e, portanto, não se conseguiria extrair um conjunto de decisões reiteradas.

Com as mencionadas exclusões, chegou-se, no período 2001-2004, aos 381 recursos mostrados na tabela IV.3.1 acima. Verifica-se que os temas campeões de recursos são: ressarcimento de danos elétricos e comercialização/faturamento, que respondem, respectivamente, por 35,7% e 27,6% dos recursos conhecidos e julgados no referido período.

Estes dois temas serão tratados a seguir, mostrando as razões do elevado número de recursos, bem como as decisões adotadas pela Diretoria da ANEEL e, quando for o caso, que medidas foram tomadas, tanto do ponto de vista regulatório quanto de esclarecimento dos agentes do mercado e uniformização de critérios com as agências estaduais conveniadas.

IV.3.1 Ressarcimento de Danos Elétricos e Pedidos de Indenização

O tema indenização será tratado junto com ressarcimento de danos elétricos, porque as duas coisas andam juntas, tanto um quanto o outro tem origem nas interrupções do fornecimento. A diferença é que, em geral, para haver pedido de indenização as interrupções tem que ser de longa duração (apagões ou “blackouts”), quando então pode ocorrer perda de produção, perda da imagem do negócio, etc. Já o dano elétrico pode ocorrer mesmo nas interrupções de curta duração, ou no caso de descargas atmosféricas na rede, desde que estas provoquem sobretensões acima da suportada pelos equipamentos elétricos instalados.

Tabela IV.3.2 – Recursos sobre danos elétricos – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
INDENIZAÇÃO	de lucros cessantes	1		2	4	7	3,94
	de danos emergentes		3			3	
	de danos morais	2		2	1	5	
RESSARCIMENTO DE DANOS ELÉTRICOS	solicitações de ressarcimento	107	5	6	17	135	35,70
	responsabilidade civil		1			1	

Verifica-se que no caso de ressarcimentos existe uma concentração de recursos no ano de 2001. Neste ano, conforme já comentado no capítulo III, dos 107 recursos julgados 105 foram interpostos pela COELBA e dois por consumidores da CELPA. Os consumidores da COELBA que

tiveram algum equipamento eletro-eletrônico danificado durante desligamentos ou ocorrências na rede de distribuição, tiveram sua reclamação deferida pela Agência Estadual - AGERBA e a concessionária recorreu de todas as decisões favoráveis aos consumidores.

Em todos os recursos da COELBA acima referidos, a ANEEL decidiu no sentido de manter a decisão da AGERBA. Tratava-se de uma não aceitação pela concessionária dos critérios adotados para definir o ressarcimento de danos elétricos. A ANEEL recomendou que a AGERBA se reunisse com a concessionária e esclarecesse os procedimentos e isto reduziu muito o número de recursos similares nos anos seguintes.

Posteriormente, no ano 2004, foi publicada a Resolução Normativa nº 061, que estabeleceu procedimentos e critérios a serem seguidos pelas concessionárias na análise das solicitações de ressarcimento de danos elétricos. Outro ponto extremamente relevante desta resolução foi limitar o escopo dos pedidos de ressarcimento/indenização que podem ser solucionados no âmbito administrativo, conforme definido nos §§ 1º e 2º do art. 3º, a seguir transcritos:

“§ 1º Esta Resolução não se aplica ao ressarcimento de dano elétrico em equipamentos pertencentes a consumidores atendidos em tensão superior a 2,3 kV.

§ 2º A ANEEL e as agências conveniadas devem analisar as reclamações considerando, exclusivamente, o dano elétrico do equipamento, não lhes competindo acatar pedido de ressarcimento por danos morais, lucros cessantes ou outros danos emergentes.

A referida resolução deverá eliminar os pedidos de indenizações que, de acordo com os termos do § 2º, somente poderão ser apreciados no âmbito judicial. Adicionalmente, deverá reduzir os pedidos de ressarcimento por danos elétricos, uma vez que somente serão analisados, no âmbito administrativo, os danos a equipamentos instalados em unidades consumidoras atendidas em baixa tensão – BT. A resolução considerou que os consumidores atendidos em AT (tensão superior a 2,3 kV) e que são responsáveis pelo abaixamento (transformação) da tensão devem prover meios de proteção para evitar os possíveis danos elétricos.

Com o advento da Resolução Normativa nº 061/2004, este tema deixará de ser polêmico ou, pelo menos, não será um tão volumoso em termos de recursos. Assim, considero que não existe necessidade de propor nenhuma súmula para registrar o entendimento da Diretoria da ANEEL sobre este tema.

IV.3.2 Comercialização e Faturamento

Com relação a este tema, constata-se que a grande maioria dos recursos (74 em 105) estão relacionados com irregularidades nos medidores, encontradas dentro de um programa de combate à fraude executado pelas concessionárias de distribuição. Usualmente, a concessionária, quando detecta a fraude, emite um Termo de Ocorrência que é assinado pelo consumidor. Posteriormente, determina a duração da irregularidade e calcula o consumo não faturado no período, emitindo uma fatura extra. O consumidor ao receber a fatura, quase sempre, entra com pedido de revisão na concessionária e não sendo atendido registra reclamação na ANEEL ou Agência Estadual.

Tabela IV.3.3 – Recursos sobre comercialização e faturamento – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
COMERCIALIZAÇÃO E FATURAMENTO	classificação da unidade consumidora	1		1	1	3	27,56
	cobrança indevida	1	1	4	6	12	
	cobrança por irregularidade na medição	2	9	33	30	74	
	contrato de fornecimento de energia			2		2	
	corte no fornecimento			1		1	
	multa e juros sobre faturas não pagas				1	1	
	participação financeira do consumidor				2	2	
	pedido de ligação		1			1	
	revisão por deficiência da medição	2			5	7	
	transferência da titularidade da unid. consumidora				2	2	

Quando é dado provimento à reclamação do consumidor – porque algum procedimento previsto não foi seguido pela concessionária ou devido não à concordância com o período de irregularidade ou consumo base adotado – a concessionária recorre. Quando não ocorre o provimento, é o consumidor que recorre. Assim, estes processos, na sua grande maioria, chegam à última instância administrativa, ou seja, à Diretoria da ANEEL.

O tema da cobrança das diferenças de consumo devidas em função de irregularidades na medição está regulado pela Resolução nº 456/2000 e, mais recentemente, para as concessionárias que adotam a **medição externa** (caixa com diversos medidores instalada em postes na via pública), o tema foi tratado pela Resolução nº 258/2003. Entretanto, estas resoluções não conseguem abranger todas as situações de irregularidades encontradas e, algumas vezes, o fraudador tenta encontrar as brechas da regulação, buscando dificultar a cobrança do consumo não medido e, portanto, não faturado.

Existem duas situações que ocorrem com alguma frequência e para as quais as decisões da Diretoria da ANEEL poderiam ser sumuladas, a saber: i) cargas alimentadas por um desvio (by-pass) que não passa pelo medidor; e ii) impossibilidade técnica de determinar a data de início da irregularidade. Existe uma terceira situação, referente a fraude na medição externa, que, embora não tendo decisões que permitam sumular um entendimento, merece ser comentada no sentido de propor uma correção da resolução que trata do tema. Estas situações serão tratadas a seguir, apresentando as respectivas decisões que tem ocorrido de forma reiterada.

I. Carga alimentada por um desvio

Neste tipo de fraude é instalado um circuito extra, conectado diretamente à rede ou ao ramal de entrada, que sem passar pelo medidor alimenta cargas dentro da unidade consumidora, em geral, cargas de elevado consumo, como aparelho de ar condicionado, moto-bombas, etc. Assim, o consumo destes aparelhos não é medido.

Os critérios para apuração e cobrança das diferenças de consumo, previstos na Resolução 456/2000, são os seguintes (art. 72, inciso IV, alíneas a, b, c):

- a) Aplicar o fator de correção calculado com base no erro de medição, apurado em um procedimento de aferição;
- b) Identificar e considerar como referência o valor de consumo medido nos últimos 12 meses;
- c) Determinação do consumo com base na carga instalada na unidade consumidora, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos para atividades similares;
- d) Não sendo possível identificar o período de duração, a concessionária deverá solicitar à autoridade competente a determinação da materialidade e da autoria da irregularidade, nos termos da legislação aplicável (art. 75, § 2º).

No caso em análise – desvio de carga – **em geral, a concessionária consegue identificar, durante a inspeção, as cargas que estão sendo alimentadas pelo desvio** fazendo o registro no Termo de Ocorrência de Irregularidade – TOI. **Quando isto ocorre, as decisões da ANEEL tem sido no sentido de que o montante a ser cobrado deve determinado multiplicando o consumo associado a estas cargas pelo número de meses em que a irregularidade esteve presente.** Se a identificação das cargas alimentadas pelo desvio não é possível, teria que ser aplicado o critério “c” acima, determinando o consumo de todas as cargas instaladas e subtraindo o consumo já faturado.

II. Impossibilidade técnica de determinar o início da irregularidade

Normalmente o início da irregularidade é detectado através de uma análise do histórico de consumo da unidade consumidora. Entretanto, em alguns tipos de fraude esta indicação não será possível, como por exemplo: i) no caso acima de desvio, quando os equipamentos conectados ao desvio foram adquiridos na mesma época que se instalou a fraude, assim olhando o histórico de consumo o mesmo parecerá regular e não dará indicação do início da irregularidade; ii) quando a irregularidade no medidor é feita logo que a unidade consumidora é ligada à rede, neste caso desde o início haverá erro no consumo medido, mas o histórico não indicará alteração do consumo.

Nestas situações deveria ser aplicado o item “d” acima que, embora previsto na regulação, se mostra totalmente inócuo. Como será possível à autoridade competente, depois de decorridos vários meses da irregularidade, determinar o início da mesma, através da comprovação da materialidade e da autoria? Quanto tempo levaria? E que prioridade teria isto para as autoridades?

Assim, para contornar esta dificuldade, e apenas nos casos onde a irregularidade fica efetivamente comprovada (desvio fotografado, selos do medidor rompidos, erro de medição aferido, etc.) **a Diretoria da ANEEL, visando dar um sinal que desestimule as fraudes, tem decidido no sentido de que será adotado um período de irregularidade de 12 meses**, limitado ao tempo de ligação da unidade consumidora.

Se o período de irregularidade tiver sido maior, resultará em prejuízo para a concessionária, entretanto, considerou-se o tempo de 12 meses é suficiente uma vez que a empresa tem à sua disposição tecnologias modernas e deve investir, de forma consistente, em equipes de combate à fraude. Se o período de irregularidade tiver sido menor, o pagamento a maior pelo consumidor servirá como uma forma de penalidade e como desestímulo à prática de fraudes.

III. Fraude em medição externa

A medição externa embora regulada em junho de 2003, já vinha sendo adotada por algumas concessionárias e, portanto, de acordo com parecer da Procuradoria Federal da ANEEL, a cobrança das irregularidades deve ser efetuada de acordo com os critérios da resolução vigente à época do fato gerador, ou seja, a resolução vigente na data da inspeção que identificou a fraude. Portanto, para as fraudes detectadas antes 9 de junho de 2003 aplica-se a Resolução 456/2000, e após esta data aplica-se a Resolução 258/2003.

Assim, para as fraudes em medição externa identificadas até 2003 valem as considerações feitas nos itens I e II acima, mas após a publicação da Resolução 258/2003 uma série de modificações foram introduzidas, em função de que o responsável pela unidade consumidora deixou de ser o fiel depositário do medidor, que fica instalado em caixas fixadas aos postes da rede de distribuição. Em decorrência, o art. 9º, que trata da cobrança de diferenças de consumo por irregularidade, estabelece que:

“§ 1º Na aplicação do disposto neste artigo a concessionária não poderá:

I – ultrapassar 01 (um) ciclo de faturamento na cobrança das diferenças apuradas;

II – incluir na cobrança qualquer custo administrativo adicional; e

III – suspender o fornecimento de energia elétrica da unidade consumidora.”

Entendo que os incisos II e III acima estão corretos, pois não sendo o consumidor o fiel depositário do medidor, não se pode afirmar que ele foi o autor de eventual irregularidade na medição detectada pela concessionária. Assim, a cobrança de custos administrativos (permitido pelo art. 73 da Resolução 456/2000) e a suspensão do fornecimento não devem ser permitidos no caso de medição externa. De fato, para confirmar o acerto destes comandos, existem informações da concessionária e da Agência Estadual conveniada de que o fraudador, quando acessa uma caixa de medição externa, usualmente, adultera mais de um medidor, para dificultar a identificação de qual foi a unidade consumidora que encomendou o ilícito.

Entretanto, com relação ao inciso I acima, entendo que deveria ser revisto. Este entendimento se justifica porque um mês é um prazo muito curto para a concessionária detectar a fraude. Adicionalmente, mesmo que uma fraude tenha sido feita sem a participação ou cumplicidade do responsável pela unidade consumidora, este se beneficiou da mesma, pagando durante alguns meses um consumo menor. O consumidor consciente e correto deveria informar a concessionária que ocorreu uma redução no seu consumo mensal.

A cobrança de apenas um mês, quando o período de irregularidade foi maior, representará uma perda de receita para a concessionária, podendo resultar em piora da qualidade do serviço, ou representará um ônus adicional para os consumidores que pagam corretamente suas contas, os quais terão incluído na tarifa que pagam uma parcela das perdas comerciais (fraude e furto de energia).

Com base nestas considerações, entendo que o limite de tempo para cobrança das diferenças de consumo deveria retroagir 3 (três) meses, ou um prazo menor, se efetivamente for comprovado pelo

histórico de consumo que o período de irregularidade foi inferior. Este prazo, relativamente curto, obrigaria as concessionárias que optarem pela medição externa a serem mais efetivas no combate à fraude, ao mesmo tempo que minimizaria os possíveis prejuízos sofridos pela concessionária e pelos demais consumidores.

Além dos dois temas – campeões em número de recursos - tratados acima, considero que seria interessante mostrar e comentar os demais temas que tiveram uma participação acima de 3%, ou seja, mais de 10 recursos no período 2001-2004, tentando identificar as causas dos recursos e, também, verificar se existe massa crítica de decisões para a proposição de súmulas. Isto é o que se fará a seguir para os temas: compra de energia elétrica pelas distribuidoras; geração; transmissão e anuência prévia.

IV.3.3 Compra de Energia Elétrica

Este tema “compra de energia elétrica” por parte das distribuidoras foi responsável por aproximadamente 8% dos recursos, envolvendo contratos bilaterais livremente negociados e contratos iniciais regulados. O tema específico de maior incidência (11 recursos) foi contrato bilateral com parte relacionada, isto é, a empresa geradora (vendedora) faz parte do mesmo grupo econômico da distribuidora, ou tem controladores em comum.

Tabela IV.3.4 – Recursos sobre contratos de compra de energia – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATOS BILATERAIS	contrato com parte relacionada			4	7	11	3,94
	geração própria	1				1	
	lastro físico				1	1	
	limite de repasse				2	2	
COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA CONTRATOS INICIAIS - CI	contratos equivalentes aos CI		5			5	3,94
	revisão dos montantes de energia e demanda				5	5	
	reajuste da tarifa aplicável	4				4	
	suprimento a pequenas distribuidoras	1				1	

Para estes contratos as condições de compra (preço, prazo e quantidades) são negociadas livremente entre as partes. Entretanto, o repasse do preço de compra para a tarifa de fornecimento da distribuidora tem um limitador que é o Valor Normativo – VN. Preços de compra acima do VN não são repassados integralmente para as tarifas.

Entretanto, a ANEEL, com base em cláusula dos Contratos de Concessão de Distribuição que, visando a modicidade tarifária, estabelece como obrigação das distribuidoras “adquirir energia ao menor preço disponível no mercado”, e considerando os preços de venda dos leilões realizados a partir de setembro de 2002, estabeleceu um novo limitador para efeitos de repasse às tarifas de fornecimento. Este novo limite de repasse foi definido pelas Notas Técnicas 023/2003-SEM/ANEEL e 081/2003-SFF/ANEEL e utilizava como parâmetro para definir o valor máximo de repasse o preço de venda nos leilões.

Os contratos de compra de energia elétrica com parte relacionada têm que ser aprovados pela Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF, que então definiu como condicionante à aprovação que os preços dos contratos fossem repactuados de forma a atender o limite de repasse definido pelas Notas Técnicas acima referidas. As empresas afetadas por esta decisão entraram com recurso e para a decisão dos mesmos foi solicitado parecer jurídico.

Assim, foi emitido o Parecer nº 015/2004-PF/ANEEL, de 14/01/04, que pode ser consultado na íntegra dentro do processo nº 48500.001093/03-74 e que concluiu, entre outros pontos, o seguinte:

“os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica, de forma a não permitir o repasse de um custo imputável tão-somente ao concessionário para as tarifas, impõem a obrigatoriedade de as concessionárias de distribuição obterem energia elétrica pelo menor custo efetivo;

a cláusula dos contratos de concessão que impõe o dever de as concessionárias de distribuição comprarem energia elétrica pelo menor custo efetivo não foi derogada pelas resoluções relativas ao VN;

ao não permitir sejam repassados para os consumidores o preço de compra de energia elétrica realizada por preço superior ao menor preço disponível no mercado, a ANEEL se desincumbe dos deveres que lhe são impostos por lei e procede em estrita consonância com os princípios da legalidade, da modicidade tarifária, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e da proporcionalidade.”

Com base no parecer jurídico acima referido os recursos foram indeferidos e, em consequência, a maioria dos contratos foi repactuado, tendo sido assinados Termo Aditivo repactuando

a cláusula de preço de venda de modo a atender o limite de repasse estabelecido pelas Notas Técnicas da ANEEL.

Entendo que **não se justifica sumular as decisões da Diretoria da ANEEL sobre o tema compra de energia elétrica pelas distribuidoras**. Este entendimento é justificado pelo fato de que **os Contratos Iniciais**, de acordo com a Lei nº 9.648/98, art. 10, tiveram a partir de 2003 uma redução de 25% ao ano e, portanto, **estarão extintos a partir do início de 2006**. Por outro lado, com o advento da Lei nº 10.848/2004 e sua posterior regulamentação, as distribuidoras deverão contratar 100% das suas necessidades no ambiente de contratação regulada, ou por meio de leilões. Portanto, **deixarão de existir novos contratos bilaterais livremente negociados**, permanecerão existindo apenas aqueles já celebrados, até o final dos respectivos prazos de vigência.

IV.3.4 Geração

O tema Geração, embora represente 5,5% dos recursos, não tem um tema específico que mereça destaque. Verifica-se que as maiores incidências ocorreram em relação a autorizações de geração (5) e a projetos básicos (registro, aprovação e revisão). Existem diversos temas específicos com apenas um ou dois recursos.

Tabela IV.3.5 – Recursos sobre geração – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
GERAÇÃO	autorização	2	2		1	5	5,51
	estudo de inventário				2	2	
	energia assegurada	1				1	
	leilão de concessão			1		1	
	índice de disponibilidade para o MRE				1	1	
	operação comercial			1	1	2	
	projeto básico (registro, aprovação, revisão)		3	1		4	
	quotas-parte de Itaipu	1	1			2	
	revogação de outorga (concessão ou autorização)		1			1	
	subrogação de recursos da CCC				1	1	
	suprimento de serv. auxiliares			1		1	

Os procedimentos para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétrica, assim como para autorização de centrais hidrelétricas até 30 MW (PCH's) foram estabelecidos pela Resolução nº 395/98. De uma forma geral, o que tem causado

maior controvérsia e gerado recursos, no que se refere a autorização de PCH's, é a aplicação do art. 18 da citada resolução, a seguir transcrito:

“Art. 17. Examinado e aceito o primeiro requerimento de autorização, a ANEEL informará aos outros interessados que possuam registro ativo para o mesmo aproveitamento, assinalando-lhes prazo de noventa dias para apresentação do projeto básico.

(.....)

Art. 18. Decorrido o prazo previsto no art. 17 desta Resolução, e existindo, além do primeiro requerente, outros interessados no aproveitamento, com projetos em condições de ser aprovados, a ANEEL, visando aumentar o número de agentes produtores de energia elétrica e assegurar maior competitividade para a outorga de autorização, utilizará os seguintes critérios de seleção, pela ordem:

I – aquele que possuir participação percentual na produção de energia elétrica no sistema interligado inferior a 1% (um por cento);

II – aquele que não seja agente distribuidor de energia elétrica na área de concessão ou subconcessão na qual esteja localizado o aproveitamento hidrelétrico objeto da autorização;

III – aquele que for proprietário ou detiver direito de livre dispor da maior área a ser atingida pelo aproveitamento em questão, com base em documentação de cartório de registro de imóveis;

IV – aquele que possuir participação na comercialização de energia elétrica no território nacional inferior ao volume de 300 GWh/ano.”

Em geral quando existe mais de um interessado para um mesmo aproveitamento (PCH), o critério de escolha recai no critério do inciso III acima e, neste caso, surgem muitas dúvidas e questionamentos das partes interessadas sobre a propriedade de áreas a serem atingidas pelo aproveitamento.

Entendo que o tema Geração é mais um que, em função de possuir decisões dispersas e sobre casos muito específicos, não propicia condições para produção de súmulas administrativas.

IV.3.5 Transmissão

Verifica-se que a maior incidência ocorreu em relação a pré-qualificação para os leilões de transmissão (8 recursos). Trata-se de recursos interpostos em primeira instância junto à Comissão Especial de Licitação, que analisa a documentação necessária à habilitação dos proponentes interessados em participar do leilão. Se a comissão não reconsidera a decisão, automaticamente, o recurso sobe para apreciação, em última instância administrativa, pela Diretoria da ANEEL.

Tabela IV.3.6 – Recursos sobre transmissão – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
TRANSMISSÃO	alteração contratual		1			1	3,41
	pré-qualificação para leilão	3	2	1	2	8	
	operação comercial			1		1	
	receita anual permitida - RAP	2		1		3	

Entendo que o tema Transmissão por tratar de recursos sobre temas muito específicos, também, não propicia condições para produção de súmulas administrativas.

IV.3.6 Anuência Prévia

Entendo que este tema tem gerado um número significativo de recursos por falta de uma regulamentação mais clara, que defina as alterações, acordos, contratos e demais eventos que exigem anuência prévia e os procedimentos a serem adotados.

Tabela IV.3.7 – Recursos sobre anuência prévia – temas específicos

TEMA GERAL	TEMA ESPECÍFICO	2001	2002	2003	2004	TOTAL Tema	TOTAL Grupo (%)
ANUÊNCIA PRÉVIA	alterações no controle acionário		1			1	3,15
	contratos de consórcio e/ou convênios			2		2	
	contrato de serviços com parte relacionada		1	1	2	4	
	emissão de debentures			1		1	
	empréstimos, garantias, renegociação de dívida				2	2	
	alteração estatutária / reorganização societária	2				2	

Embora os contratos de concessão contenham cláusulas que obrigam o concessionário a solicitar anuência prévia para algumas situações, constata-se que os contratos de concessão foram

evoluindo ao longo do tempo e não existe uma uniformidade nas exigências. Adicionalmente, não existe uma correspondência entre estas exigências contratuais e as infrações previstas na Resolução Normativa nº 063/2004 e, também, os procedimentos e prazos para solicitar a anuência prévia não são claros.

O único regulamento que trata do tema era, até recentemente, a Resolução nº 022, editada em 1999, e que estabelece as condições para **transferência de tecnologia, assistência técnica e prestação de serviços de forma contínua e regular, entre agentes do setor de energia elétrica e integrantes do seu grupo controlador**. Considero que esta resolução tem sido aplicada, de forma inadequada, a outras situações como: empréstimos, contratos de mútuo entre empresas do mesmo grupo controlador, contratos bilaterais de compra de energia elétrica entre partes relacionadas, para citar alguns exemplos.

As inconsistências e falta de normas claras acima apontadas foi, parcialmente, sanada em fevereiro de 2005, com a publicação da Resolução Normativa nº 149, que estabelece os procedimentos para **solicitação de anuência, pelos agentes prestadores de serviço de energia elétrica, para alteração de atos constitutivos**. Esta resolução define os procedimentos para alteração de atos constitutivos das concessionárias, permissionárias e autorizadas, e admite, sem necessidade de consulta prévia, algumas alterações nos atos constitutivos das empresas, conforme art. 2º a seguir transcrito:

“Art. 2º Ficam previamente autorizadas pela ANEEL as mudanças vinculadas aos fatos a seguir indicados:

- I - alteração da razão ou denominação social;*
- II - alteração de endereço da sede;*
- III - aumento do capital social;*
- IV - definição de atribuições de diretores e conselheiros;*
- V - reestruturação quantitativa de cargos do Conselho e da Diretoria, inclusive respectivas competências;*
- VI - nomeação de procuradores;*
- VII - movimentação na composição societária que não resulte alteração no controle;*
- VIII - alteração de mecanismos para convocação e realização de Assembléias-Gerais Ordinárias e Extraordinárias, bem como para realização de reuniões da Diretoria e dos Conselhos de Administração e Fiscal.*

Parágrafo único. Para os casos previstos no caput deverá ser encaminhada à ANEEL a cópia do ato constitutivo atualizado, no prazo de 10 (dez) dias após o respectivo registro e publicação no órgão competente, com a indicação do assunto sob o título “Informação sobre Alteração de Atos Constitutivos”, para fins de atualização cadastral.”

Entendo que a resolução acima referida não preencheu todas as lacunas existentes na regulamentação do tema anuência prévia. Existem ainda questões, como contratos de mútuo, empréstimos, garantias, emissão de debêntures, e outras que não estão enquadrados nas Resoluções 022/1999 ou 149/2004 e precisam ser definidas com maior clareza. Uma definição mais clara dos procedimentos a serem seguidos pelos agentes nestas situações, com certeza contribuiria para uma gestão com menos riscos para a concessão e, também, ajudaria a diminuir os conflitos e recursos neste tema.

O conjunto de temas analisados acima representou 87% dos recursos julgados pela Diretoria da ANEEL no período 2001-2004, excluídos os recursos de Autos de Infração. Os 13% restantes referem-se a recursos sobre: tarifa de fornecimento, iluminação pública, acesso a redes de transmissão e distribuição, encargos e tributos, e contratos para prestação de serviços à ANEEL. Embora sejam, também, temas importantes não serão comentados, pois não tem massa crítica para uma eventual formação de jurisprudência.

V. CONCLUSÕES E PROPOSTAS

O panorama sobre a reforma do Estado apresentado no capítulo I não tinha como objeto fazer uma avaliação dos acertos ou erros da reestruturação implementada no setor elétrico brasileiro, mas, sim, mostrar o contexto no qual foram criadas as agências reguladoras. Mostrou-se que estas instituições foram criadas dentro de um novo conceito de Estado regulador, isto é, o Estado deixava de ser o empreendedor e provedor dos serviços, privatizando ativos existentes e abrindo os setores de infra-estrutura para que a expansão requerida fosse feita por meio de concessão a agentes privados.

Foram apresentados os principais fatores que motivaram a Reforma do Estado e, dando ênfase à reestruturação do setor elétrico, foram destacados os objetivos que se buscava alcançar e os principais marcos legais do modelo setorial. Da apresentação feita, pode-se constatar que o movimento de privatização, no setor elétrico, começou em 1995, com a venda do controle acionário das primeiras concessionárias de distribuição (ESCELSA e LIGHT).

O movimento de privatização iniciou-se, portanto, antes de se ter um modelo setorial devidamente formatado. Embora, os primeiros marcos legais sejam de 1995 – Leis nºs 8.987 e 9.074 – uma melhor definição do modelo só ocorreu a partir de 1997/1998, quando ocorreram: i) o início de atuação da ANEEL – agência reguladora do setor – com a posse de sua primeira diretoria em dezembro de 1997; e ii) a publicação da Lei nº 9.648, em maio de 1998, que estabeleceu os mecanismos de transição para um modelo competitivo na compra e venda de energia elétrica.

Foram mencionadas as alterações ocorridas no modelo setorial, algumas introduzidas ainda no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso em função de propostas do Comitê de Revitalização do Setor, criado durante a crise energética de 2001 que impôs o racionamento de energia elétrica mencionado no item I.2. Estas propostas resultaram em duas leis: a Lei nº 10.433 e a Lei nº 10.438, ambas de abril de 2002. A primeira alterou a estrutura e governança do Mercado Atacadista de Energia – MAE e a segunda criou o Programa de Incentivo para Fontes Alternativas – PROINFA e estabeleceu diretrizes para a universalização do atendimento de energia elétrica.

As mais recentes alterações do modelo setorial, ocorridas no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram, também, apresentadas. Destacam-se o prestígio e a valorização conferidos ao planejamento energético integrado, com a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, por

meio da Lei nº 10.847, e uma nova visão de mercado e dos procedimentos para comercialização de energia, definidos na Lei nº 10.848, ambas de março de 2004.

No que diz respeito ao órgão regulador, apresentou-se no item I.3 uma descrição bastante detalhada da ANEEL – agência escolhida para a aplicação da pesquisa sobre recursos administrativos - com o objetivo de permitir um melhor conhecimento da sua área de atuação e do contexto onde podem surgir os recursos pesquisados. O referido item aborda o papel, diretrizes de atuação e competências legais da Agência, bem como seus objetivos e atividades finalísticas, agrupadas em quatro macro-processos: regulação, fiscalização, mediação e outorga.

V.1 **Conclusões sobre o Modelo Setorial e a Atividade de Regulação**

A atividade de regulação, por ser ainda recente no Brasil, está ainda em fase de consolidação, buscando assegurar a sua autonomia e ser reconhecida como uma função de Estado. Embora os agentes privados e investidores estrangeiros reconheçam a importância das agências reguladoras no sentido de assegurar um ambiente imune a injunções políticas, algumas correntes político-partidárias e a própria sociedade ainda questionam o papel destas novas instituições.

Nas discussões sobre este novo ente – as agências reguladoras – têm surgido preocupações e debates interessantes, que com certeza vão conduzir ao aprimoramento da sua forma de atuação e dos mecanismos de controle externo de suas atividades.

Um dos momentos onde se deu este debate foi durante o Seminário Internacional “Quem Controla as Agências Reguladoras de Serviços Públicos?”, realizado em Brasília, no dia 25 de setembro de 2001. No sentido de mostrar as diferentes visões e propostas apresentadas no referido evento, apresentam-se a seguir os posicionamentos de dois renomados juristas e estudiosos do Direito Administrativo e da Gestão Pública que debateram o tema.

O prof. Adilson Abreu Dallari, titular de Direito Administrativo da PUC/SP, no artigo intitulado “Controle Político das Agências Reguladoras”, assim se posiciona sobre a relevância das agências e o controle externo de suas atividades:

*“... num mundo globalizado, após a revolução da informática, com a emergência de grupos sociais que anteriormente não tinham voz nem rosto, com o fortalecimento da cidadania e a disseminação da comunicação social, **a complexidade das relações jurídicas e a velocidade com a qual decisões devem ser tomadas requerem uma flexibilização do princípio da legalidade, justificando-se plenamente o elevado nível de autonomia das Agências Reguladoras e, muito especialmente, a atribuição de competência normativa a tais entidades.***

A extrema relevância dessa capacidade para editar normas destinadas a disciplinar o funcionamento dos setores e das atividades por elas reguladas foi devidamente destacada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (“Mutações do Direito Administrativo”, Renovar, 2000, p. 162), nestes termos:

“O êxito alcançado pelas entidades reguladoras em todo mundo e que justifica sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro, não se deve apenas à opção pela descentralização, mas, e principalmente, pela outorga de competência normativa sobre o setor que administram.

*Com efeito, **essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas** e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta.*

*Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam prevalecer as escolhas técnicas, a competência legislativa dos Parlamentos, se exerceu, de início, integral e indiferencialmente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para **evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas**, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas.” (grifos acrescentados)*

(...)

*A dificuldade principal no tocante ao controle das agências reguladoras não reside na verificação da regularidade formal de seus atos, ... Atualmente, **além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também ao princípio da eficiência, introduzido no cenário jurídico nacional pela Emenda Constitucional da reforma administrativa (EC nº 19, de 04/06/98)** ...*

*Não basta atuar de maneira conforme à lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: **a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente***

possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à satisfação do interesse público.

(...)

*Diante desse quadro é que se destaca a importância, o caráter fundamental, do controle parlamentar, pois só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade e diante de um cenário mais amplo, que é o interesse nacional, inclusive a longo prazo. **Decididamente, não é possível afastar a participação do Legislativo no processo de formulação de políticas públicas e no acompanhamento e controle de sua implementação.***

O advogado Edson Nunes, Ph.D em Ciência Política e Pró-Reitor da Universidade Candido Mendes onde coordena o Núcleo de Análise Interdisciplinar da Política Educacional e Regulatória, assim se posiciona no artigo intitulado “O Quarto Poder – Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Regulatórias”:

“O regime regulatório, que se inaugura com as privatizações, constitui verdadeira reforma do Estado. Esse regime caracteriza-se pela redefinição do papel do Estado na economia. Através de delegação legislativa, sob o modelo de “autarquias especiais” cria-se um novo poder entre os poderes, exercido por novas agências regulatórias, que apontam para a existência de um “Estado dentro do Estado”

(...)

*Grande parte da atividade estatal é atividade regulatória, existindo centenas de órgãos que a ela se dedicam. Não parece natural que toda a atividade regulatória comece a transitar em direção ao modelo de agências independentes. **Esta modalidade de regulação pode ser adequada a algumas instâncias intensivas em conhecimento técnico**, mas nem sempre indicada para todo e qualquer aspecto da política regulatória. O modismo administrativo tende a ser atraente, com enorme capacidade de conversão de novos adeptos. Se vier a prevalecer sobre a criteriosa definição de áreas de atividade, de novo, pode ser dilapidada a unicidade do experimento recente, levando-o até à banalização.*

Agências são entidades híbridas. Meio Estado, meio Sociedade. **São híbridos de funções legislativas** (criação de normas e procedimentos com força legal na área sob sua jurisdição), **executivas** (concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos) e **judiciárias** (imposição de penalidades, interpretação de contratos e obrigações), **como se fossem um “quarto poder”¹ emergente, que anuncia uma maneira nova de olhar a coexistência entre os poderes tradicionais** ...Por outro lado, são apenas parcialmente sociedade visto que nelas estão mais presentes os grupos de interesse do que a representação da sociedade como um todo. São seres não convencionais, de mista identidade.

No presente, agências, por sua legibilidade, mais do que pelo conhecimento das conseqüências materiais de sua existência, são apresentadas e aceitas como solução para qualquer problema de desgoverno nas áreas privatizadas, para crises e problemas emergentes, para a solução de qualquer matéria até então não sanada. Serão responsáveis, certamente, pela emergência de um novo Direito Administrativo no Brasil, bem como serão partícipes de inúmeros embates judiciais, com a inevitável criação de um novo contencioso.

... Isto significa uma certa “judicialização” dos procedimentos regulatórios de modo a garantir o contraditório e a intervenção de todas as partes interessadas. Desta forma, o poder administrativo das agências difere do poder típico da burocracia hierárquica do Executivo, visto que precisa ser feito às claras, com notícia pública e prazos para intervenção das partes. Antes de exarar uma regra, a agência federal por ela responsável, deve fazer um anúncio público de sua intenção, inclusive com detalhes do procedimento a ser seguido.

Visto que inexistente no direito administrativo brasileiro jurisprudência, ou normas, para lidar com esta nova face da relação entre o setor público e a sociedade, **deve-se esperar turbulenta vida para a ação normativa e punitiva das agências**, na sua interação com as empresas privatizadas. Por outro lado, a proteção dos direitos individuais possivelmente demandará ação das cortes, visto que as agências, no presente arcabouço, não são órgãos protetores dos consumidores.”

¹ Desde a década de 30, nos EUA, chamou-se de **quarto poder** às atividades atribuídas às agências. O Comitê Brownlow, no Governo Franklyn Roosevelt, dizia que constituíam um “fourth branch of the government”. in Giandomenico Majone. **Regulating Europe**. Routledge. Londres, 1996, p.288. Ver também “**Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues**”. World Bank Latin America and Caribbean Studies. 1999.

Reunindo tudo o que foi dito no capítulo I sobre as agências reguladoras e as colocações dos dois renomados estudiosos do Direito Administrativo, acima transcritas, conclui-se que o papel normativo das agências reguladoras está plenamente adequado ao novo ambiente institucional e econômico implantado com a reforma do Estado. A **competência normativa das agências é desejável** em setores onde predominam escolhas e decisões técnicas, que exigem quadros profissionais especializados, e onde, em função da essencialidade dos serviços regulados, se busca conferir agilidade e flexibilidade na tomada de decisões.

Entretanto, as agências reguladoras não devem ser entendidas como solução para qualquer problema de desgoverno nas áreas privatizadas, para crises e problemas emergentes, porque a solução depende, também, de políticas setoriais adequadas e um marco legal consistente no seu todo. O marco legal e as políticas são o alicerce sobre o qual repousa a estrutura do novo modelo e um dos fatores fundamentais para que o mercado se desenvolva de forma sustentada, e **a formulação de políticas não é competência das Agências.**

A definição destas políticas e do marco legal não deveria ser feita de forma unilateral pelo Executivo, mas quando for de iniciativa deste poder, deve necessariamente ser submetida ao Legislativo, buscando agregar uma visão de longo prazo que atenda aos interesses maiores da sociedade. As agências reguladoras podem e devem participar deste processo, apresentando estudos e subsídios, cabendo mencionar que têm competência legal para este fim. No caso da ANEEL, tal competência está prevista no inciso III, art. 4º do Decreto nº 2.335/97.

Com relação ao papel normativo, a ANEEL tem adotado, sistematicamente, o procedimento de Audiências Públicas antes de publicar seus regulamentos. Estas audiências podem ser de intercâmbio documental: com recebimento de críticas e contribuições pela Internet, ou presenciais: onde as partes interessadas se manifestam de viva voz. Nestes procedimentos é publicado um edital da audiência com os detalhes das etapas a serem seguidas, bem como a proposta de regulamento e, em geral, uma nota técnica sobre o tema, são disponibilizados, com antecedência, para conhecimento e contribuições por parte dos consumidores, agentes de mercado, associações representativas destes segmentos e a sociedade em geral.

O entendimento de que as agências reguladoras seriam um “quarto poder” é um (pré)conceito antigo, levantado nos primórdios das agências norte-americanas, algumas com mais de um século de existência, e de lá para cá muito se evoluiu na discussão e no consenso sobre o papel e o espaço

institucional das agências reguladoras. Esta evolução ocorrida nos Estados Unidos da América foi incorporada quando da criação das agências brasileiras e, pelo menos no caso da ANEEL, está sendo praticada, conforme se verifica a seguir.

O papel jurisdicional das agências – interpretar contratos e obrigações, aplicar sanções e julgar recursos administrativos – pelo menos no caso da ANEEL, obedece a um rito próprio que, conforme proposto por Edson Nunes, propicia a devida publicidade aos atos da agência e define procedimentos que asseguram o contraditório e a intervenção das partes interessadas. Este rito, mesmo antes da publicação da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, já estava estabelecido por meio de regulamentos da ANEEL: Resoluções nºs 233 e 318, ambas de 1998, comentadas no capítulo II.

Com relação ao papel jurisdicional, cabe mencionar que a decisão das agências, no âmbito administrativo, estará sempre sujeita a uma apreciação e, até, revisão pelo Poder Judiciário, quando instado a se manifestar em decorrência de petição legitimamente admitida. Estes embates judiciais têm acontecido, tanto com relação a penalidades aplicadas, quanto decisões normativas ou homologatórias. O caso mais recente é o questionamento do resultado, homologado pela ANEEL, do processo de revisão tarifária periódica da CELPE – Companhia Energética de Pernambuco, que tem sido amplamente divulgado pela imprensa.

Com relação ao **papel executivo das Agências**, o poder e a autonomia administrativa e financeira a elas conferidos devem estar, e de fato estão, circunscritos às suas competências definidas em lei e aprovadas pelo Congresso Nacional. Neste sentido existem órgãos de controle externo que atuam para verificar a gestão e atuação das Agências, como o Tribunal de Contas da União – TCU e o Ministério Público.

Além dos controles externos acima referidos, feitos de forma regular, as agências prestam contas e esclarecimentos ao Congresso Nacional, sempre que convocadas pelas Comissões Permanentes do Senado e da Câmara Federal. A importância do controle parlamentar foi destacada acima pelo prof. Adilson Abreu Dallari, que defende que *“só o Legislativo tem uma visão de conjunto, que permite cotejar o acerto ou desacerto da decisão técnica em um determinado setor, com as aspirações da coletividade e diante de um cenário mais amplo, que é o interesse nacional.”*

Finalmente, cabe destacar que, no caso da ANEEL, as decisões de interesse dos consumidores e agentes de mercado, desde outubro de 2004, são tomadas em reuniões públicas da Diretoria, abertas a todos os interessados e transmitidas via Internet. Esta medida visa dar transparência ao processo decisório e exige que sejam praticadas a ética e a imparcialidade na tomada de decisões pela Diretoria, ao mesmo tempo que permite a participação, com manifestação oral, das partes interessadas.

V.2 Conclusões sobre o Acompanhamento dos Recursos Julgados

O presente trabalho apresentou no seu capítulo III a sistemática da pesquisa realizada para levantar o volume de recursos julgados em última instância administrativa pela ANEEL ao longo do período 1998 – 2004. A pesquisa permitiu apontar, entre outros aspectos, os temas mais recorridos; quem são as autoridades cujas decisões são mais recorridas; as categorias de agentes que mais recorrem; os motivos de não conhecimento dos recursos; e quais têm sido as motivações das decisões adotadas.

Os dados e informações fornecidos pela pesquisa são, portanto, de grande utilidade tanto para o próprio regulador, como para os agentes. Ao primeiro permite identificar eventuais lacunas, ou falta de clareza na regulamentação, que possam estar sendo causa dos recursos e cuja correção atuaria no sentido de reduzir as demandas administrativas. Aos agentes possibilita conhecer a linha de entendimento da Diretoria da ANEEL e, assim, avaliar as chances de sucesso dos recursos.

Esta linha de entendimento poderia ficar, ainda, mais clara se de uma forma sistematizada as decisões fossem acompanhadas pela própria ANEEL e se formasse e divulgasse uma jurisprudência administrativa a partir de casos semelhantes, cujas decisões ocorressem de forma reiterada e pacificada. Este foi um outro objetivo da pesquisa e as conclusões obtidas serão comentadas mais adiante.

Em função da utilidade dos resultados, entende-se que este tipo de pesquisa deveria ter continuidade. Isto poderia ser feito repetindo, ao final de cada ano, a sistemática adotada neste trabalho para agregar os novos recursos julgados e suas respectivas decisões. Entretanto, esta não seria a maneira mais prática de se fazer este acompanhamento e atualização de informações sobre os recursos julgados.

Uma maneira muito mais profissional de se ter este tipo de informação seria com a utilização de um banco de dados que fosse atualizado semanalmente, ou seja, com a mesma periodicidade das reuniões da Diretoria da ANEEL. As facilidades hoje disponíveis de sistemas computacionais e de aplicativos para desenvolvimento e utilização de bancos de dados possibilitariam permitiriam a criação de um sistema customizado para atender, com baixo custo, as necessidades específicas da Agência.

Proposta – Sugere-se, portanto, que seja desenvolvido, internamente ou via contratação, um banco de dados para recursos administrativos na ANEEL. O termo recurso aqui é usado de forma ampla, no sentido de abranger também os pedidos de reconsideração, os pedidos de efeito suspensivo e os requerimentos de invalidação. Cada recurso seria um elemento de entrada no banco.

Além dos campos já abordados neste trabalho (número do processo; tipo de recurso; quem interpôs; segmento a que pertence o recorrente; tema geral e tema específico do recurso; número e data do despacho que publicou a decisão; qual a decisão; observações e comentários) o banco de dados poderia agregar outras informações como:

- **data de protocolo** do recurso;
- **data de sorteio do relator**;
- **nome do diretor-relator**;
- se foi solicitado **parecer jurídico** (sim ou não) e data de emissão do parecer;
- se foi solicitado **parecer técnico** (sim ou não) e data de emissão do parecer;
- no caso de Auto de Infração, o valor original da multa, o valor final e se a multa foi paga;
- se, após a decisão administrativa, o agente interpôs **recurso no judiciário**.

O recurso seria carregado no banco de dados assim que fosse sorteado o diretor-relator, isto permitiria um acompanhamento (*follow up*) por diretor, indicando os processos pendentes de decisão a partir de um prazo definido pelo usuário, por exemplo: processos que deram entrada a mais de 6 meses e ainda não foram decididos.

As diversas datas propostas poderiam ser utilizadas para fazer uma medição da agilidade processual – prazo para emissão de pareceres e prazo total de decisão, permitindo providências visando dar maior celeridade aos julgamento de recursos. Adicionalmente, os itens referentes a pagamento de multas e recurso ao judiciário, permitiriam um acompanhamento pós-decisão da Diretoria, indicando necessidades de atuação específicas: inscrição no cadastro de dívida ativa ou preparação de esclarecimentos ou defesa junto ao Judiciário.

V.3 Conclusões sobre Melhorias nos Procedimentos Recursais

As conclusões a seguir, resultaram das análises efetuadas nos capítulos II e III, respectivamente sobre os procedimentos recursais e sobre os recursos julgados, e têm o objetivo de buscar uniformizar as decisões e deixar mais claro, para os agentes e consumidores, qual a modalidade de requerimento deve ser adotada em alguns casos específicos, bem como alguns requerimentos que não são admissíveis.

Com relação à uniformização das decisões, destacam-se três pontos que merecem ser equacionados e melhor definidos na Resolução nº 233/98:

- a) Análise de admissibilidade dos recursos – As razões para não conhecimento de recursos administrativos estão claramente definidas na Norma Organizacional ANEEL 001 (art. 46). Entretanto, o sorteio do diretor-relator é efetuado tão logo recebido o recurso na Agência, sem uma análise prévia de sua admissibilidade. Cabe, portanto, ao relator ou sua assessoria avaliar se o recurso preenche as condições para ser conhecido. Entendo que por se tratar de uma atividade vinculada, não discricionária, este trabalho poderia ser delegado, reduzindo a carga de processos que vai à apreciação da Diretoria. No item III mostrou-se que 17,78% dos recursos julgados no período 2001-2004 não foram conhecidos, entretanto, foram levados à pauta das reuniões de diretoria.

Proposta: sugere-se que a Diretoria delegue à Secretaria Geral (SGE) a análise da admissibilidade dos recursos, podendo a Secretaria emitir despacho decidindo pelo não conhecimento de recursos;

- b) Tratamento a ser dado aos recursos onde ocorre a perda de objeto – Verificaram-se duas situações quando ocorre a perda de objeto: i) não conhecimento do recurso e ii) extinção do recurso e seu arquivamento. Entretanto, a perda de objeto não é uma das situações previstas no art. 46 da Norma Organizacional ANEEL 001 para não conhecimento de recursos. Adicionalmente, existem casos onde, para se confirmar a perda de objeto, o recurso é efetivamente analisado e, assim, conhecido.

Proposta: para tratar de modo uniforme os casos onde ocorre a perda de objeto, sugere-se decidir pela extinção do recurso e seu arquivamento;

- c) Intempestividade de requerimentos de invalidação – a Norma Organizacional ANEEL 001, assim como a Lei nº 9.784/99, **não estipula prazo para invalidação provocada** de atos ou decisões da Agência. Já houve casos em que requerimentos de invalidação foram considerados tempestivos decorridos prazos bastante longos e um caso de requerimento que foi considerado intempestivo, com base em entendimento da Diretoria de que se aplica o mesmo prazo para interposição de recurso, ou seja, 10 (dez) dias. Recentemente, o Parecer nº 183/2005-PF/ANEEL (item II.6.3) analisou o tema e concluiu que o pedido de invalidação deve observar o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contados da data em que o ato foi praticado. Em função da pesquisa mostrada no item II.6, entendo que o prazo de 5 anos se aplica quando a norma não estipula um prazo específico. Adicionalmente, adotar o mesmo prazo estipulado para o recurso administrativo (10 dias) não encontra respaldo em nenhuma norma.

Proposta – sugere-se que sejam feitas consultas e estudos jurídicos para confirmar que a norma da ANEEL pode estipular prazo específico para interposição de requerimento de invalidação. Caso esta possibilidade seja confirmada, sugere-se definir na norma um prazo para invalidação provocada que, por razões de segurança jurídica de terceiros, deveria ser de 12 (doze) meses, não excedendo, em nenhuma hipótese, dois anos.

Com relação à admissibilidade de certos requerimentos interpostos pelos agentes, cabe comentar os seguintes aspectos:

- d) Recursos contra decisões exaradas por meio de ofício das superintendências da ANEEL – Verifica-se um número considerável de recursos contra decisões que são tornadas públicas da forma mencionada. Existem casos que são claramente decisões, como, por exemplo, não aprovar, ou aprovar condicionalmente, um contrato com parte relacionada, mas existem diversos casos em que o ofício manifesta um entendimento, um esclarecimento, ou, ainda, uma interpretação de regulamento, respondendo a consulta dos agentes. O art. 48 da Norma Organizacional ANEEL 001 define que *“são irrecorríveis na esfera administrativa os atos de mero expediente ou preparatórios de decisões, bem assim os informes e pareceres.”* A fim de sanar este problema a Diretoria da ANEEL tem orientado as áreas a exararem suas decisões por meio de Despacho. Entendo que este posicionamento deveria ser formalizado na norma pertinente, deixando claro que as superintendências e agências conveniadas não têm competência para esclarecer ou interpretar resoluções aprovadas pela Diretoria.

Proposta: alterar o art. 48 da Norma Organizacional ANEEL 001, estabelecendo que são irrecuráveis, além dos atos e documentos ali previstos, os ofícios que esclarecem ou interpretam resoluções. Cabe à Diretoria, com o apoio da Procuradoria Federal na ANEEL, interpretar as resoluções e regulamentos da ANEEL.

- e) Recurso ou Pedido de Reconsideração de decisão que tenha negado requerimento de efeito suspensivo – O pedido de efeito suspensivo pode estar inserido dentro de um recurso administrativo ou dentro de um requerimento de invalidação; no segundo caso, a Norma Organizacional ANEEL 001, no seu art. 62, II, é absolutamente clara no sentido de que não cabe recurso, na esfera administrativa, da decisão que negou o efeito suspensivo. Não existe razão para que no caso de efeito suspensivo, em recurso administrativo, seja dado tratamento diferente.

Proposta – sugere-se que a Norma Organizacional ANEEL 001 seja revisada para deixar claro este entendimento de que, em nenhuma situação, cabe recurso de decisão que tenha negado pedido de efeito suspensivo.

V.4 Conclusões sobre a Formação de Jurisprudência Administrativa

A pesquisa efetuada sobre os conceitos e funções da jurisprudência demonstra ser esta uma das formas de expressão do direito, como as leis e os costumes. Adicionalmente, permitem sintetizar duas conseqüências ou requisitos inevitáveis: i) a jurisprudência deve ser progressiva e sempre interpretar o direito que lhe é apresentado, mesmo que aparentemente claros os termos da lei, impedindo, da mesma forma que os usos e costumes, que a lei se torne imune aos avanços da sociedade; e ii) deve ser uniforme para que cumpra essa mesma função, mas proporcionando, acima de tudo, segurança ao jurisdicionado ou administrado.

A formação de jurisprudência, além de conferir maior agilidade às decisões, seja no âmbito judiciário ou administrativo, permite ao jurisdicionado ou administrado conhecer o pensamento das instâncias de decisão, bem como conhecer os riscos que sujeitam suas demandas, estabelecendo um prognóstico de razoabilidade de sucesso ou não. Adicionalmente, a jurisprudência proporciona segurança aos jurisdicionados / administrados, evitando a preocupação de se defrontar com interpretações antagônicas sobre um tema que tenha sido, anteriormente, julgado ou decidido.

Com relação à formação de jurisprudência na área administrativa, a pesquisa realizada permite concluir que nenhum órgão da administração pública tem produzido jurisprudência, na acepção mais estrita do termo, ou seja, julgados reiterados e pacificados. No caso das Agências Reguladoras é até compreensível que a formação de jurisprudência não tenha acontecido, pois são instituições que estão consolidando sua forma de atuação e têm pouco tempo de existência, portanto, com um volume de decisões talvez insuficiente, para caracterizar entendimentos reiterados.

Entretanto, é desejável que, completada esta primeira etapa de definição dos aspectos regulatórios e de consolidação institucional, as agências passem a valorizar e se preocupar com o papel relevante da jurisprudência, no sentido de dar visibilidade e agilidade às suas decisões, e maior segurança jurídica aos administrados.

Os recursos julgados pela Diretoria da ANEEL no período 2001-2004, apresentaram uma grande concentração em torno de alguns temas mostrados no item IV.3: ressarcimento e indenização de danos; comercialização/faturamento (com grande incidência de cobranças por irregularidade na

medição); compra de energia elétrica pelas distribuidoras (contratos bilaterais e contratos iniciais); e anuência prévia para contratação entre partes relacionadas.

Comentou-se ser razoável supor que alguns destes temas deixem de ser objeto de novos recursos no futuro, a saber: i) ressarcimento e indenização de danos, em função dos critérios e procedimentos estabelecidos pela Resolução nº 061/2004 e de uma maior interação com os agentes e com as Agências Estaduais; ii) contratos de compra de energia elétrica, em função do término dos Contratos Iniciais, a partir do início de 2006, e do novo comando constante da Lei nº 10.848 que obriga as concessionárias de distribuição a comprar 100% da energia requerida por meio de leilões.

Por outro lado, mostrou-se que um dos temas – irregularidade na medição – merece ter decisões sumuladas (ver itens IV.2.1 e IV.2.2). Outros temas como fraude em medição externa e anuência prévia devem ter uma regulamentação mais clara e objetiva no sentido de minimizar possíveis recursos. Especificamente, com relação a este segundo tema, entendo que a Resolução nº 022/99 necessita ser revisada e atualizada, criando maiores facilidades para contratos de prestação de serviço de forma regular e contínua.

Considerando que, no processo de revisão tarifária das distribuidoras, a ANEEL estabelece uma empresa de referência e custos eficientes de O&M (operação e manutenção) não tem sentido continuar aprovando contratação de serviços. Entendo que os contratos de prestação de serviços com parte relacionada poderiam ser permitidos, sem aprovação prévia, desde que precedidos de um processo de licitação aberta.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEEL. *Resolução nº 233*, de 20 de julho de 1998. Aprova a Norma Organizacional ANEEL 001, que trata do funcionamento e dos processos decisórios na ANEEL.

_____. *Resolução nº 296*, de 11 de setembro de 1998. Estabelece os procedimentos para descentralização de atividades para os Estados e Distrito Federal.

_____. *Resolução nº 382*, de 03 de dezembro de 1998. Estabelece os procedimentos para os concessionários encaminharem informações sobre reclamações dos consumidores.

_____. *Resolução nº 395*, de 07 de dezembro de 1998. Estabelece os procedimentos para registro e aprovação de estudos de viabilidade e projeto básico de empreendimentos de geração hidrelétrica.

_____. *Resolução nº 022*, de 05 de fevereiro de 1999. Estabelece as condições para transferência de tecnologia e contratos de prestação de serviços entre partes relacionadas.

_____. *Resolução nº 456*, de 30 de novembro de 2000. Estabelece as condições gerais para prestação do serviço público de energia elétrica.

_____. *Resolução nº 258*, de 09 de junho de 2003. Estabelece os procedimentos para as concessionárias optarem pela instalação de medição externa à unidade consumidora.

_____. *Resolução nº 652*, de 10 de dezembro de 2003. Estabelece os critérios para enquadramento de aproveitamento hidrelétrico na condição de Pequena Central Hidrelétrica – PCH.

_____. *Resolução Normativa nº 061*, de 30 de abril de 2004. Estabelece procedimentos para ressarcimento dos prejuízos decorrentes de danos elétricos.

_____. *Resolução Normativa nº 063*, de 13 de maio de 2004. Aprova os procedimentos para regular a imposição de penalidades e os procedimentos recursais de Autos de Infração; revoga a Resolução nº 318, de 1998.

- _____. *Resolução Normativa nº 87*, de 29 de setembro de 2004. Aprova a Norma Organizacional ANEEL 018, que trata dos procedimentos das Reuniões Deliberativas Públicas da Diretoria.
- _____. *Resolução Normativa nº 149*, de 07 de março de 2005. Estabelece os procedimentos para solicitação de anuência, pelos agentes prestadores de serviço de energia elétrica, para alteração de atos constitutivos.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. 10ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, 1998.
- _____. *Lei nº 8.031*, de 13 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização – PND.
- _____. *Lei nº 8.078*, de 12 de setembro de 1990. Cria o Código de Defesa do Consumidor – CDC.
- _____. *Lei Complementar nº 73*, de 11 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – AGU.
- _____. *Lei nº 8.631*, de 05 de março de 1993. Dispõe sobre a fixação dos níveis de tarifas no serviço público de energia elétrica e extingue o regime de remuneração garantida.
- _____. *Lei nº 8.987*, de 14 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição.
- _____. *Lei nº 9.074*, de 08 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.
- _____. *Lei nº 9.427*, de 27 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.
- _____. *Lei nº 9.648*, de 28 de maio de 1998. Cria o regime de livre negociação para compra e venda de energia elétrica entre concessionários, autorizados e permissionários; cria o regime de transição para extinção dos contratos iniciais.

- _____. *Lei nº 9.784*, de 01 de fevereiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
- _____. *Lei nº 10.433*, de 25 de abril de 2002. Altera a estrutura, governança e regulação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE.
- _____. *Lei nº 10.438*, de 29 de abril de 2002. Dispõe sobre oferta de energia elétrica emergencial e sobre universalização do serviço público de energia elétrica, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas - PROINFA, a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE.
- _____. *Lei nº 10.847*, de 16 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE.
- _____. *Lei nº 10.848*, de 16 de março de 2004. Dispões sobre a comercialização de energia elétrica e define as diretrizes para o novo modelo do setor elétrico.
- _____. *Decreto nº 2.335*, de 07 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua estrutura regimental e dá outras providências.
- _____. *Decreto nº 2.655*, de 03 de julho de 1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

BENJÓ, Isaac. *Fundamentos da economia da regulação*. Thex Editora, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2003, p. 113

BARRETTO, Ricardo César Mandarin. *Sentença do Poder Judiciário em Ação de Mandado de Segurança*. 1ª Vara da Justiça Federal do Estado de Sergipe. www.jfse.gov.br/sentencas/

- CARNEIRO, João Geraldo Piquet. *Obstáculos às agências reguladoras*. Artigo apresentado no II Seminário Internacional “Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos”. Brasília, setembro de 2001.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Controle Político das Agências Regulatórias*. Artigo apresentado no II Seminário Internacional “Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos”. Brasília, setembro de 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. Editora Saraiva: São Paulo, 2001.
- FEDERIGHI, Wanderlei José. *Jurisprudência e direito*. Editora Juarez de Oliveira: São Paulo, 1999.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A jurisprudência como forma de expressão do direito*. Revista de Direito Civil, v. 51.
- GIRARDI, Cláudio. *Evolução do Direito da Eletricidade*. São Paulo: USP/EFEI/UNICAMP, 2000. (Apostila do Curso Cenários 2000 - Módulo III).
- KESSIDES, Ioannis N. *Reforming Infrastructure – Privatization, Regulation, and Competition*. Publicação do World Bank e Oxford University Press, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Editora Malheiros: São Paulo, v.1.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*. Artigo do Jus Navigandi nº 58, 2002. www.jus.com.br
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª Ed, Malheiros Editores: São Paulo, p. 189.
- NUNES, Edson. *O Quarto Poder – Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle das Agências Regulatórias*. Artigo apresentado no II Seminário Internacional “Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos”. Brasília, setembro de 2001.

- OLIVEIRA NETTO, Sérgio. *Inexistência de prazo decadencial para a declaração de nulidade de ato administrativo na Administração Pública Federal*. Artigo do Jus Navigandi nº 59, 2002. www.jus.com.br
- PEREZ, Marcos Augusto. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro: Origem, Natureza e Função*. Artigo da Revista Jurídica, ano III, nº 9, págs. 49-54.
- SAUER, Ildo Luís; VIEIRA, José Paulo; MERCEDES, Sônia S. P. *Políticas energéticas, planejamento e regulação em energia: evolução e os novos desafios*. São Paulo: USP/EFEI/UNICAMP, 2000. (Apostila do Curso Cenários 2000 - Módulo IV).
- SILVA, Antônio Lázaro. *Direito Constitucional e Tributário da Eletricidade*. São Paulo: USP/EFEI/UNICAMP, 2000. (Apostila do Curso Cenários 2000 - Módulo III).
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Da coisa julgada administrativa e os limites à invalidação dos atos administrativos*. Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, v.4, 1996.
- SILVA, Rulemar Pessoa; Simões, Maria Helena N.; Souza, Nara Rúbia. *O Setor Elétrico Brasileiro – Panorama atual e ações necessárias à consolidação do modelo*. Monografia final do Curso de Especialização sobre o Novo Ambiente Regulatório, Institucional e Organizacional dos Setores Elétrico e de Gás Natural – CENARIOS. São Paulo: USP/EFEI/UNICAMP, 2001.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Sobre a jurisprudência*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, v.2, jul/dez, 1988.
- VIGLIAR, José Marcelo M. *Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e o Dever de Uniformizar*. Editora Atlas S.A. – 2003.
- ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*. Editora Malheiros, 2ª Ed., 1993.