

São Paulo, 17 de agosto de 2017.

Ao

Ministério de Minas e Energia – MME

Esplanada dos Ministérios - Bloco "U"

Brasília/DF - CEP: 70.065-900

Assunto: Contribuições à Consulta Pública nº 33 de 05/07/2017. Aprimoramento do Marco Legal do Setor Elétrico. Nota Técnica nº 5/2017/AEREG/SE. Processo nº 48000.001405/2016-67.

Contribuidora: Valéria de Souza Rosa – OAB/SP 386.578.

Conforme se verifica da Nota Técnica nº 5/2017 submetida à Consulta Pública, estão sendo propostas diversas alterações legais a fim de viabilizar o futuro do setor elétrico com sustentabilidade em longo prazo.

Ocorre que, ainda que tal estudo tenha abarcado aspectos importantes no setor que carecem de reformulação, alguns temas que impactam sobremaneira na atividade dos agentes setoriais e que contribuíram para a extensa judicialização do setor, não foram contemplados apesar de merecerem acolhida neste momento histórico de reformulação do marco legal.

Os aprimoramentos propostos pelo MME na supracitada nota técnica foram divididos em quatro grupos: (i) decisões que orientam a reforma e elementos de coesão; (ii) aumento da flexibilidade de aspectos do setor elétrico; (iii) alocação adequada de custos entre os agentes; e (iv) medidas de sustentabilidade que incluem propostas de desjudicialização.

Entretanto, como já dito, dentre as propostas não estão previstas alterações em normas infralegais editadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL que vilipendiam direitos e garantias constitucionais e que contribuem para a extensa judicialização do setor,

dentre elas a Resolução Normativa 729/2016 que prevê descontos de Parcela Variável, realizados diretamente na receita das transmissoras de energia pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, devido à indisponibilidade da função transmissão, sem que seja observada a garantia constitucional ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, Constituição Federal). Além de, ao aplicar-lhes tal penalidade, configurar-se flagrante *bis in idem*, nos moldes que serão explicitados na presente Contribuição.

Ressalte-se que, de acordo com o consignado pelo MME, *“pela própria natureza da indústria, é natural que o MME, ANEEL, EPE, ONS e CCEE tenham alguma liberdade de ação”* bem como que *“a flexibilidade dos dispositivos infralegais dentro de limites razoáveis é característica positiva”*, contudo, tal liberdade de ação e flexibilidade dos dispositivos infralegais não podem ser exercidas sem que sejam observados os limites legais e constitucionais impostos à atuação da Administração Pública, senão vejamos:

1. Aplicação Cumulada de Parcela Variável e Penalidades Administrativas por Atraso no Âmbito do Setor Elétrico – Do *bis in idem* praticado pela ANEEL e da inobservância ao devido processo legal.

Conforme de ciência de grande parte dos investidores e interessados no setor elétrico brasileiro, os empreendimentos nele a serem implementados, por sua natureza, demandam extensos e vultosos investimentos, custos, e cuidados para cumprimento de parâmetros de qualidade e prazos, rigorosamente fiscalizados pela ANEEL.

Nas atividades de transmissão de energia elétrica, por exemplo, o empreendedor concessionário deve atentar a rigorosos prazos de implantação e marcos contratuais, assim como quanto à esmerada prestação do serviço público por todo o período de concessão, definido pelo Contrato de Concessão, e cujo descumprimento poderá ensejar extensas penalidades, maculando sobremaneira a expectativa de receitas inicialmente concebida quando da concepção do projeto.

Especificamente, no que se refere aos atrasos no início da operação comercial do empreendimento de transmissão de energia elétrica, marco definido pelo Contrato de Concessão, assim como à indisponibilidades de sistemas de transmissão, o empreendedor estará sujeito, conforme regulamentação da ANEEL, a duas consequências impactantes em sua receita, quais sejam: (i) penalidades administrativas, em especial, multa pecuniária, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 63/2004, e (ii) descontos de Parcela Variável, realizados diretamente em sua receita (Receita Anual Permitida – RAP), pelo ONS, em função da indisponibilidade da função de transmissão, nos termos da Resolução Normativa ANEEL nº 729/2016.

Note-se, a penalidade descrita no item (i) acima, teria simples função de penalizar o empreendedor pelo atraso ou indisponibilidade, funcionando como norma de fomento negativo, motivando o concessionário ao cumprimento de prazos, sob pena de perda de receita. Já o desconto mencionado no item (ii) acima, teria como finalidade evitar pagamento ao concessionário por serviços que não foram prestados, evitando-se assim o locupletamento, o enriquecimento sem causa pelo empreendedor.

Sem embargo, contudo, a ANEEL, de forma ilegal, e nos termos que seguirão a seguir, vem aplicando a denominada Parcela Variável a empreendimentos atrasados e indisponíveis, de forma cumulada e sem qualquer parâmetro razoável, o que configuraria notório *bis in idem*, além de ofender de forma inquestionável o princípio da proporcionalidade e do devido processo legal.

1.1 Natureza Jurídica das Penalidades e da Parcela Variável

Inicialmente, para se analisar a legalidade da cumulação das penalidades da Resolução Normativa nº 63/2004 e da Parcela Variável da Resolução Normativa 729/2016, usualmente impostas cumulativamente, pela ANEEL, em razão de um único evento de atraso na

entrada em operação ou indisponibilidade temporária de uma Função de Transmissão, cumpre, em primeiro lugar, analisar a natureza jurídica de cada uma dessas sanções. Vamos a elas.

Prescreve o art. 6º da Res. nº 63/2004:

*“Art. 6º Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo III:
(...)*

XII - descumprir os prazos estabelecidos nos atos de outorga de concessões, permissões ou autorizações de implantação de instalações de produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica;”

*Art. 7º Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo IV:
(...)*

XIX – atingido um dos limites dos descontos definidos nos incisos II, III e IV do art. 10 da Resolução Normativa nº 729, de 28 de junho de 2016, e a FT continuar indisponível ou com restrição operativa temporária;

Pelo acima, temos que, primeiramente, o art. 6º, inciso XII da mencionada norma se refere de maneira genérica a todo e qualquer atraso nos prazos de cronograma determinados no Contrato de Concessão, sendo que o descumprimento do marco para entrada em operação, segundo a ANEEL, constitui infração administrativa, punida mediante a aplicação de multa.

Já o art. 7º, XIX, se refere a atrasos superiores à limitação da PV trazida pela Resolução Normativa ANEEL nº 729/2016, da qual falaremos em sequência, estabelecendo que os atrasos que superem a medição regulamentar serão considerados passíveis de aplicação de penalidade, por aplicação do dispositivo.

Referidas multa, do Grupo III e IV correspondem a até 1% (um por cento) e 2% (dois por cento) do faturamento, segundo os critérios do artigo abaixo:

*“Art. 14. Sem prejuízo do disposto em regulamento específico ou contrato de concessão, os valores das multas serão determinados mediante aplicação, sobre o valor do faturamento, nos casos de concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, ou sobre o valor estimado da energia produzida, nos casos de auto-produção e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração, dos seguintes percentuais:
Grupo III: até 1% (um por cento).
Grupo IV: até 2% (dois por cento).”*

Desta forma, tem-se que a primeira penalidade analisada, multa pelo atraso e por indisponibilidade superior à parâmetros regulamentares, tem indiscutivelmente natureza pecuniária, haja vista que importa em prejuízo patrimonial para o concessionário, e visa motivá-lo, através da cominação de sanção, ao cumprimento dos prazos assumidos, sob pena de perda de receita.

Por sua vez, a Resolução Normativa da ANEEL nº 729/2016, publicada pela Agência Reguladora, e que foi alvo de intenso debate no âmbito de Audiência Pública, estabelece que, não obstante a imposição da multa da Resolução nº 63/2004, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) poderá aplicar um desconto na Parcela Variável (PV), nos termos do seguinte dispositivo:

*Art. 4º A qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica será medida com base na disponibilidade e na capacidade operativa das instalações de transmissão, devendo o período da indisponibilidade e o período e a magnitude da restrição da capacidade operativa serem apurados pelo ONS para cada evento com duração igual ou superior a 1 (um) minuto, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas na Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004.
§ 1º Aplica-se PVA a uma FT quando ocorrer Atraso na Entrada em Operação da referida FT.
§ 2º Aplica-se PVI a uma FT quando ocorrer Desligamento Programado ou Outros Desligamentos da referida FT.*

Depreende-se do dispositivo acima que, frustrada a data inicial programada para entrada em operação comercial de determinada função de transmissão, ou ocorrida qualquer indisponibilidade em seu

funcionamento, poderá se cumular à penalidade da Resolução Normativa nº 63/2004 o desconto da Parcela Variável por Indisponibilidade (PV).

Trazidas as naturezas jurídicas dos dois institutos há que se consignar brevemente o que se entende como *bis in idem*.

O princípio do *non bis in idem* determina que ninguém pode ser julgado e condenado duas vezes pelo mesmo fato gerador, ou seja, tem como fundamento a proibição à dupla punição. Vale registrar que este princípio não encontra previsão expressa na Constituição Federal, mas decorre dos princípios constitucionais da legalidade, tipicidade e do devido processo legal, inseridos no art. 5º do texto constitucional.

Na esfera criminal, na qual este princípio ganha efetiva incidência, consideram-se os seguintes elementos para a caracterização do *bis in idem*, são eles: (i) duas ou mais sanções; (ii) mesmo fato gerador, ou seja, mesma causa de origem; e (iii) um mesmo indivíduo.

Na análise aqui realizada, invertem-se estes elementos para: (i) duas ou mais penalidades pecuniárias; (ii) mesmo fato gerador, no caso, o atraso na entrada em operação; e (iii) o concessionário do serviço público de transmissão de energia elétrica.

Segundo o autor Rafael Munhoz de Mello, o princípio do *non bis in idem* "impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção]."¹

O comando deste princípio visa evitar que alguém já condenado pela Administração Pública por um ato ilícito ou infração administrativa seja novamente julgado e, eventualmente, apenado pelo mesmo fato gerador.

¹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

De acordo com este posicionamento, portanto, este princípio não impede que a mesma conduta infratora possa ser apenada com mais de uma penalidade, podendo haver cominação de sanções administrativa, penal e civil, desde que sejam atendidos aos princípios que regem a atividade administrativa e, sobretudo, a proporcionalidade e razoabilidade, o que há de ser analisado em cada caso concreto.

Isto é, determinado indivíduo pode ser penalizado com mais de uma penalidade, de tipos diversos, em diversas esferas, mas jamais por duas penalidades, de espécies análogas, em uma mesma esfera.

Trazidos os conceitos acima, merece agora ser analisada a ilegalidade, e nítida ocorrência de *bis in idem*, na aplicação cumulada de PV e de penalidades da Resolução Normativa nº 63/2004, pela ANEEL, ante uma mesma ocorrência, verificando-se, pontualmente, tais hipóteses em casos de (i) atrasos na entrada em operação comercial de empreendimento e (ii) indisponibilidades de função de transmissão em operação. Vejamos.

1.2 Aplicação Cumulada de Penalidades em Caso de Atraso do Empreendimento

Na primeira situação a ser analisada, na qual é flagrante a ocorrência de *bis in idem* na cumulação realizada pela ANEEL conforme acima, leva-se em consideração o concessionário que ainda não entrou em operação, ou seja, que deveria iniciar operação em data prevista contratualmente, não a tendo respeitado, havendo, portanto, um atraso na operação do empreendimento.

Com efeito, em tal hipótese, não haverá recebimento de RAP, pelo concessionário, até a efetiva data de entrada em operação do empreendimento, de forma que, em verdade, o empreendedor,

ao atrasar a operação comercial, já deixa de fazer jus ao recebimento de receitas, já tendo descontada assim a remuneração pelo serviço não prestado, não havendo, portanto, que se falar em enriquecimento ilícito.

De fato, tal posicionamento se extrai pela análise do estabelecido na Cláusula Sexta dos contratos de concessão, a qual segue abaixo transcrita.

“Cláusula Sexta – RECEITA DO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO
A TRANSMISSÃO receberá pela prestação do SERVIÇO PÚBLICO
DE TRANSMISSÃO o pagamento da RECEITA ANUAL PERMITIDA
(RAP) de R\$ (xxx), (...), a ser auferida a partir da data de
disponibilidade para OPERAÇÃO COMERCIAL das INSTALAÇÕES
DE TRANSMISSÃO, nos termos desta cláusula.”

Ora, uma vez que o concessionário, na hipótese acima, não estará recebendo RAP, haja vista o atraso em sua entrada em operação, a PV que, mesmo assim, vem sendo rotineiramente descontada pela ANEEL, de nenhuma forma, irá retirar do concessionário receita que não lhe poderia ser paga por ausência de prestação do serviço, pelo simples fato de que aquele não perfaz jus ao recebimento de receita antes de iniciar operação de seu empreendimento.

É dizer, ao aplicar a PV ao concessionário atrasado, a ANEEL estará retirando dele uma parcela de sua receita que ainda não foi recebida, e que, portanto, jamais poderia ocasionar enriquecimento sem causa pelo empreendedor, razão pela qual, a PV, em casos de atraso na entrada em operação comercial de função de transmissão, nada mais é que não uma multa.

Contudo, conforme acima descrito, a ANEEL, atualmente, aplica duas penalidades distintas: (i) multa da Resolução Normativa nº 63/2004 e (ii) Parcela Variável, em clara configuração de *bis in idem*, vedado pela legislação pátria, vez que impõe ao concessionário atrasado, de fato, duas penalidades pecuniárias por uma mesma ocorrência, qual seja, o atraso verificado.

1.3 Aplicação Cumulada de Penalidades em Caso de Indisponibilidade de Função de Transmissão

Em igual sentido ao acima, a ANEEL, ao cumular a penalidade de multa, constante do art. 7º, XIX da Resolução Normativa nº 63/2004, com a aplicação de PV por indisponibilidade de função de transmissão em operação, estará cometendo *bis in idem*.

Isso porque, no caso de indisponibilidade, inicialmente, a consequência será a aplicação de PV correspondente ao período de tempo que durar a mencionada indisponibilidade. Contudo, tal cálculo, no âmbito de aplicação do mencionado desconto, se mostra maior do que a simples proporção entre atraso verificado e desconto realizado. Explica-se.

A PV, nos termos do artigo 7º da Resolução Normativa nº 729/2016, é calculada por fórmula matemática que leva em conta diversos fatores, para se atingir um numerário que será o desconto do empreendedor pela indisponibilidade. Ocorre que tal numerário, com efeito, e em função da aplicação de fatores multiplicativos diversos, não corresponde a exata proporção entre período de desligamento e receita referente a tal período. É dizer, o empreendedor acaba tendo descontado valores de RAP superiores à proporção de tempo de indisponibilidade ocorrido.

Ora, ao termos em conta que tal fórmula faz com que valor de descontos de PV sejam superiores à proporção do tempo de desligamento, temos que tais descontos, sem qualquer dúvida, não apenas visam evitar o recebimento de receitas por serviços não prestados, como também terminam por penalizar o concessionário quando da ocorrência de indisponibilidades.

Agora veja-se, o desconto de PV, tendo caráter punitivo, somado à aplicação de multa proveniente da Resolução Normativa nº 63/2004, claramente ocasionará a aplicação de duas penalidades pela

ANEEL por um mesmo fato, que é o desligamento, configurando nítida hipótese de *bis in idem*, nos termos do item acima.

Destarte, mais uma vez temos a ocorrência de *bis in idem* pela aplicação de PV e de penalidades, quando o valor da primeira supera os limites estabelecidos pela Resolução Normativa nº 729/2016.

Vale, contudo, mencionar que não haverá a aplicação de penalidades da Resolução Normativa nº 63/2004 quando os índices de PV estiverem abaixo do limite regulamentar, entretanto, em tais hipóteses, ainda sim subsistirá irregularidade, consistente na aplicação de PV em patamares superiores ao período de indisponibilidade de função de transmissão, conforme se descreverá a seguir.

1.4 Da Proporcionalidade

Assim, nos casos acima mencionados, excetuada hipótese de não aplicação de penalidades por PV não haver atingido limite legal, o que vem ocorrendo, sem qualquer embargo, é a dupla penalização exclusivamente no âmbito regulatório, o que é vedado pelos princípios gerais que regem as sanções passíveis de serem aplicadas aos indivíduos no Direito Brasileiro.

Todavia, na hipótese em que a PV não atinge patamares máximos previstos na Resolução Normativa nº 729/2016, não ensejando aplicação de multa da Resolução Normativa nº 63/2004, ainda assim haverá irregularidade em sua aplicação, vez que esta não reflete exatamente o montante de receita correspondente ao período de desligamento, mas em muito o supera.

Ocorre que, a aplicação de multa deve ser única e exclusivamente para coibir a prática infracional, sendo que todo o excesso daí decorrente deve ser extirpado da condenação com fundamento, para tanto, nos comandos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade que orientam a Administração Pública.

Destarte, a aplicação de PV em montantes muito superiores ao correspondente, em receita, ao período de desligamento da função de transmissão, se mostra irregular, motivo pelo qual tem sido discutido cada vez mais perante o Poder Judiciário.

1.5 Da Não Observância do Devido Processo Legal na Aplicação de PV

Por fim, convém destacar que os descontos a título de PV às Transmissoras por indisponibilidade ou atraso (PVI ou PVA), nos moldes definidos na Resolução Normativa da ANEEL nº 729/2016, afronta flagrantemente o direito do administrado ao devido processo legal na medida em que a aplicação de tais penalidades é realizada antes mesmo de apuradas as causas e responsabilidades pelos atrasos/indisponibilidades da função de transmissão.

E mais, sem que o agente setorial exerça seu direito ao contraditório e ampla defesa (consectários do inafastável princípio constitucional do devido processo legal, que de tão basilar ao Estado Democrático de Direito, torna despidiendo destacar sua aplicabilidade ao Direito Administrativo).

Acrescente-se que nem mesmo quando a falha ocorrida é sabidamente causada por problemas sistêmicos, a exemplo do que vem acontecendo recentemente ante a explosão reiterada dos transformadores TC's que está sob a investigação e análise conjunta do ONS, da ANEEL, do MME e dos diversos agentes setoriais impactados com a problemática, a aplicação da PVI é obstada, não restando dúvidas, portanto, do vilipêndio ao devido processo legal!

Ressalte-se, outrossim, que ainda que recontabilizados os descontos feitos quando entendidos indevidos, a Agência Reguladora só ressarce o agente posteriormente e em 12 (doze) parcelas, sem qualquer correção monetária, em que pese ter realizado o desconto de uma só vez.

Ou seja, evidentes os prejuízos suportados pelos empreendedores nestes casos, que se vêm obrigados a salvaguardarem-se no Poder judiciário, só aumenta a judicialização e desestimula investidores, justamente o que o novo marco regulatório delineado na presente Consulta Pública visa coibir, motivo pelo qual se apresenta a presente Contribuição.

2. Conclusão

Ante tudo quanto exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico tutela e garante aos administrados o devido processo legal mediante a observância dos princípios e de todas essas imposições acima transcritas para se alcançar a justiça na aplicação de qualquer restrição de direito.

Assim, para que a reformulação do marco legal do setor elétrico tenha verdadeira eficácia há que se assegurar que a regulamentação se dê de acordo com a legalidade esperada da atuação da Administração Pública, não havendo momento mais oportuno para a revisão destas anomalias jurídicas que desestimulam investidores e causam uma judicialização cada vez mais crescente.

Nestes termos, requer-se que seja contemplada a presente Contribuição para o aprimoramento do atual modelo regulatório do setor elétrico brasileiro.

Valéria de Souza Rosa

OAB/SP 386.578