

CT- 0017/2019

Brasília, DF, 17 de maio de 2019.

Ao Senhor
André Pepitone
Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)
Brasília-DF

Assunto: Pedido Administrativo. Determinação da participação de representantes dos agentes de comercialização de energia no Conselho de Administração do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS. Referência: Processo 48500.002919/1998-29

Senhor Diretor-Geral,

Cumprimentando cordialmente V.Sa., encaminho o presente requerimento administrativo, pelo qual a Abraceel solicita que a Aneel estabeleça a participação obrigatória de representante dos agentes de comercialização de energia no Conselho de Administração do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS.

Para embasar nosso pleito, faço breve justificativa, como segue.

Fatos antecedentes

Em 18.12.2008, essa ANEEL convocou a Audiência Pública 69/2008, com o escopo de "*obter subsídios e informações para a elaboração de ato regulamentar, a ser expedido pela ANEEL, alterando o estatuto do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS*".

Na oportunidade, a Abraceel ofereceu contribuição, na qual pleiteou alteração no Estatuto do ONS para garantir a representação dos agentes comercializadores.

Para sustentar seu pleito, a Abraceel destacou que a operação do Sistema Interligado Nacional – SIN repercute na formação de preços, nos riscos de contratação e, conseqüentemente, nas negociações bilaterais, afetando de maneira direta a atividade de comercialização de energia elétrica.

À vista da referida contribuição, a Assessoria Jurídica do ONS proferiu parecer mediante o qual, com base na premissa de que todos os agentes representados no ONS possuem instalações ou ativos conectados à rede básica, afirmou não haver amparo legal para a o acolhimento do pleito da Abraceel.

As razões declinadas no parecer da Assessoria Jurídica do ONS foram incorporadas à Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL, mediante a qual a Superintendência de Estudos de Mercado – SEM e a Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira – SFF opinaram pelo não acolhimento da contribuição da Abraceel.

Solicitada a análise jurídica a respeito do pleito da Abraceel, a Procuradoria Federal emitiu o Parecer 223/2009-PF/ANEEL, no qual registrou que a atribuição de estabelecer a estrutura organizacional do ONS era da União, que a fez por meio do Decreto 5.081/2004, no qual não se previu a participação de representantes do segmento dos agentes de comercialização na Assembleia Geral sem direito a voto, nem se deixou qualquer espaço para que a ANEEL viesse a admitir participação de quaisquer agentes na Assembleia Geral sem direito a voto.

A Procuradoria Federal concluiu, então, que a ANEEL não poderia atender o pleito da Abraceel, sob pena de invadir a competência da União de estabelecer a estrutura organizacional do ONS.

Na reunião pública da Diretoria da ANEEL realizada em 22.04.2009, a Abraceel, em sustentação oral no julgamento do processo em epígrafe, reformulou o pedido, dessa feita no sentido de participação de representante dos agentes comercializadores na Assembleia Geral, com direito a voto, bem como no Conselho de Administração.

A Abraceel fundamentou o pedido reformulado nos artigos 4º, 6º e 8º do Decreto 5.081/2004. Alega, em resumo, que os agentes comercializadores se enquadram em duas das hipóteses previstas no art. 4º (a uma, titulares de autorização, a duas, agentes vinculados aos serviços de energia elétrica) e que, por comercializarem energia com consumidores finais, se inseririam na categoria consumo.

Ante o novo pedido, a Diretora Joisa Campanher Dutra Saraiva solicitou à Procuradoria Federal nova análise quanto à viabilidade jurídica da proposta reformulada da Abraceel.

Em resposta, em 08.05.2009 a Procuradoria emitiu o Parecer 380/2009-PF/ANEEL, que opinou pelo acolhimento do pedido da Abraceel, concluindo que:

“1. há previsão para que os comercializadores integrem o ONS, seja, a uma, porque é desnecessário estar conectada à rede básica, seja, a duas, porque os comercializadores são titulares de autorização que se encontram vinculados aos serviços e às instalações de energia;

2. os comercializadores de energia podem ser representados na Assembleia Geral do ONS, com direito a voto, e no Conselho de Administração enquadrando-se na categoria consumo.”

Não obstante o Parecer 380/2009-PF/ANEEL ter atestado a viabilidade jurídica do pleito da Abraceel, não houve nenhuma decisão da ANEEL que estabelecesse sua efetividade.

Das razões para o Pedido Administrativo

Passada uma década do pedido da Abraceel, a Associação entende que deveria renovar o pedido à Aneel. Frise-se que, embora esteja plenamente assegurada a possibilidade de representação dos agentes comercializadores na Assembleia Geral do ONS com direito a voto, a categoria considera que é suficiente ter assegurada a participação no Conselho de Administração do ONS em razão da necessidade de isonomia com outras categorias e da livre concorrência, conforme justificado adiante.

Sobre a exigência de conexão à rede básica como requisito para participação no ONS

Note-se que, ao indicar os titulares de concessão, permissão ou autorização como participantes do ONS, o artigo 13 da Lei nº 9.648/98 não faz exigência adicional para a participação.

Ocorre que, em relação aos consumidores, o artigo 13 da Lei 9.648/98 faz duas exigências, quais sejam:

- (i) terem feito a opção de se tornar livres; e
- (ii) estarem conectados à rede básica.

Com efeito, a exigência de conexão à rede básica como requisito para participação no ONS é restrita aos consumidores livres.

Considerando, portanto, que a exigência de conexão à rede básica como requisito para participação no ONS está expressamente restrita aos consumidores livres, afigura-se seguro afirmar que, caso pretendesse impor essa exigência também em face dos titulares de concessão, permissão ou

autorização, o artigo 13 da Lei 9.648/98 o teria feito de forma expressa, tal qual fez em relação aos consumidores livres.

Destarte, afigura-se inequívoco que, em virtude de não se comportar no sentido literal possível do dispositivo, a extensão dessa exigência aos titulares de concessão, permissão ou autorização modificaria o sentido do artigo 13 da Lei 9.648/98, violando o próprio dispositivo e também o princípio da legalidade.

Constata-se, assim, que o artigo 13 da Lei 9.648/98 não serve de base para a premissa de que possuir instalações ou ativos relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à rede básica seria requisito para a participação dos titulares de concessão, permissão ou autorização no ONS.

Sobre o artigo 14 da Lei 9.648/98

O artigo 14, § 4º, da Lei 9.648/98 dispõe que “*o Conselho de Administração do ONS será integrado, entre outros, por representantes dos agentes setoriais de cada uma das categorias de Geração, Transmissão e Distribuição*”.

Tal qual o artigo 13, o artigo 14, § 4º, da Lei 9.648/98 não serve como lastro normativo para a premissa de que a conexão à rede básica é requisito para participação no ONS, pois o dispositivo sequer faz referência à conexão à rede básica.

O artigo 14, § 4º, da Lei 9.648/98 também não serve de base normativa para a afirmação de que não existe amparo legal para a participação dos agentes comercializadores no ONS, porquanto:

- (i) o dispositivo estabelece que “*o Conselho de Administração do ONS será integrado, entre outros, por representantes dos agentes setoriais de cada uma das categorias de Geração, Transmissão e Distribuição*”; e
- (ii) a expressão “*entre outros*” evidencia que a participação no ONS não é exclusividade dos agentes das categorias de geração, transmissão e distribuição.

Sobre o artigo 4º do Decreto 5.081/04

Com fundamento no *caput* do artigo 14 da Lei 9.648/98¹, o qual comete ao Poder Concedente a definição das regras de organização e a implementação dos procedimentos necessários ao funcionamento do ONS, foi editado o Decreto 5.081, de 14.05.2004.

O artigo 4º do Decreto 5.018/04 dispõe que “*o ONS será integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e por Consumidores Livres conectados à rede básica*”.

Perceba-se que o artigo 4º do Decreto 5.018/04 reproduz fielmente o disposto na segunda parte do artigo 13 da Lei 9.648/98, mantendo a exigência de conexão à rede básica restrita aos consumidores livres.

Ao manter a exigência de conexão à rede básica restrita aos consumidores livres, o artigo 4º do Decreto 5.018/04 guarda conformidade com o princípio da legalidade, pois, em virtude de a Lei 9.648/98 não ter estendido a exigência aos demais participantes do ONS, atos subalternos à Lei não podem promover tal extensão, sob pena de ofensa ao referido princípio.

Sobre o artigo 6º do Decreto 5.081/04

¹ “Art. 14. Cabe ao Poder Concedente definir as regras de organização do ONS e implementar os procedimentos necessários ao seu funcionamento.”

Por sua vez, o artigo 6º do Decreto 5.081/04 disciplinou a composição do Conselho de Administração do ONS, assim o fazendo nos seguintes termos:

“Art. 6º O Conselho de Administração do ONS será integrado por quinze Conselheiros titulares e seus respectivos suplentes, eleitos em Assembléia Geral, para cumprimento de mandato de dois anos, permitida a recondução, e indicados da seguinte forma:

I - um titular e um suplente pelo Ministério de Minas e Energia;

II - cinco titulares e cinco suplentes pelos agentes de produção;

III - quatro titulares e quatro suplentes pelos agentes de transporte; e

IV - cinco titulares e cinco suplentes pelos agentes de consumo, sendo um titular e um suplente indicados pelos Consumidores Livres.

Parágrafo único. Os membros do Conselho de Administração do ONS não poderão integrar sua Diretoria e seu Conselho Fiscal.”

O artigo 6º do Decreto 5.081/04 não faz referência aos representantes dos agentes de distribuição e dos agentes de comercialização, mas, no inciso IV, prescreveu que, entre os cinco titulares e cinco suplentes representantes dos agentes de consumo, apenas um titular e um suplente seriam indicados pelos consumidores livres.

Sobre o artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04

No artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04, identifica-se a razão pela qual o artigo 6º do Decreto 5.081/04 (i) não fez referência aos representantes dos agentes de distribuição e dos agentes de comercialização e (ii) prescreveu que, entre cinco titulares e cinco suplentes, apenas um titular e um suplente seriam indicados pelos consumidores livres.

O artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04, ao prescrever como o Estatuto Social do ONS deve dispor sobre a determinação de votos na Assembleia Geral e a representação no Conselho de Administração, evidencia, no inciso III, que os agentes de distribuição e os agentes de comercialização participam do ONS como representantes da categoria consumo, na proporção da energia comercializada com os consumidores finais e exportadores:

“Art. 8º [...]

Parágrafo único. Para a determinação de votos nas Assembléia Geral e representação no Conselho de Administração, deverão estar previstos no Estatuto Social do ONS três categorias de membros e seus respectivos números de votos:

I - categoria produção, proporcional ao total da capacidade instalada de suas usinas e a capacidade de importação;

II - categoria transporte, proporcional à participação de cada agente no faturamento total dos serviços de transmissão de energia elétrica da rede básica; e

III - categoria consumo, proporcional à quantidade de energia consumida diretamente ou comercializada com os consumidores finais e exportadores.”

A circunstância de os agentes de distribuição e os agentes comercializadores participarem do ONS como representantes da categoria consumo explica a razão pela qual o artigo 6º do Decreto 5.081/04

fez menção às categorias dos geradores, dos transmissores e dos consumidores, silenciando quanto aos distribuidores e agentes comercializadores.

Essa mesma circunstância explica a razão pela qual, entre os cinco titulares e cinco suplentes representantes dos agentes de consumo, apenas um titular e um suplente seriam indicados pelos consumidores livres: os outros quatro titulares e quatro suplentes devem ser indicados pelos agentes de distribuição e agentes comercializadores, na proporção da quantidade de energia comercializada com os consumidores finais e exportadores.

Sobre o lastro normativo para a participação dos agentes comercializadores no ONS

Com efeito, em virtude de serem titulares de autorização e comercializarem energia com consumidores finais, os agentes comercializadores devem participar do ONS, por força do disposto:

- (i) no artigo 13 da Lei 9.648/98, o qual estabelece que os titulares de autorização devem integrar o ONS; e
- (ii) no artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04, o qual denota que os agentes de comercialização, tais quais os agentes de distribuição, participam do ONS como representantes da categoria consumo.

Os referidos dispositivos evidenciam que, para além do amparo legal, existe a determinação legal de que os agentes comercializadores participem do ONS.

Sobre a utilização do Estatuto do ONS como parâmetro para a aferição da validade e da procedência da alteração reivindicada pela Abraceel

A Lei 9.648/98 e o Decreto 5.081/04 não amparam a premissa de que os agentes, para participar do ONS, devem possuir instalações ou ativos relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à rede básica.

A leitura do parecer da Assessoria Jurídica do ONS e da Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL revela que tal premissa foi erroneamente fixada com base no próprio Estatuto do ONS.

A corroborar essa assertiva, vale reproduzir passagens do parecer da Assessoria Jurídica do ONS e da Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL, respectivamente:

- (i) parecer da Assessoria Jurídica do ONS

“Percebe-se, portanto, que todos os agentes relacionados nos incisos I a VI, do art. 7º, do Estatuto do ONS, possuem ativos/instalações relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à Rede Básica de transmissão de energia elétrica.”²

- (ii) Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL

“Dessa forma, a atuação do ONS se restringe, fundamentalmente, às instalações de energia elétrica dos segmentos de geração e transmissão cujos ativos integram a Rede Básica de Transmissão de energia elétrica. As atividades desempenhadas pelo Operador dizem respeito àqueles cujos ativos/instalações são integrantes do Sistema Interligado Nacional e/ou conectados à Rede Básica. [...]”

² P. 4 do referido parecer.

Reforça esse entendimento, o art. 7º do atual Estatuto do ONS, aprovado pela Resolução ANEEL nº 328/04, que relaciona nove classes de membros associados e participantes do Operador, com as seguintes definições: [...]

Fica evidente que todos os agentes relacionados nos incisos I a VI possuem ativos/instalações relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à Rede Básica de transmissão de energia elétrica.”³

É inequívoco, pois, que, para chegarem à conclusão de que existe óbice legal para a participação dos agentes comercializadores no ONS, o parecer da Assessoria Jurídica do ONS e a Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL:

- (i) partiram de premissa cuja base normativa estaria no Estatuto do ONS; e
- (ii) ao assim fazerem, utilizaram, como parâmetro para a aferição da procedência/validade da contribuição da Abraceel, o próprio Estatuto que se busca alterar.

Ademais, considerando que a Lei 9.648/98 e o Decreto 5.081/04 não amparam a premissa de que os agentes, para participar do ONS, devem possuir instalações ou ativos relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à rede básica, constata-se que o parecer da Assessoria Jurídica do ONS e a Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL utilizam o Estatuto como baliza para a interpretação da Lei 9.648/98 e do Decreto 5.081/04, ou seja, interpretam esses diplomas normativos no rumo do Estatuto.

No entanto, o que deve ser feito é justamente o contrário: os atos hierarquicamente superiores é que devem balizar a interpretação dos que lhe são inferiores, ou seja, os atos de menor força hierárquica devem ser interpretados em conformidade com os de força hierárquica maior.

Afora ter sido utilizado como parâmetro para a aferição da validade de alteração que nele próprio se busca promover e como baliza para a interpretação da Lei 9.648/98 e do Decreto 5.081/04, o Estatuto também não ampara a premissa de que os agentes, para participar do ONS, devem possuir instalações ou ativos relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à rede básica.

Ao buscarem no Estatuto a base para tal premissa, o parecer da Assessoria Jurídica do ONS e a Nota Técnica 29/2009-SEM/SFF/ANEEL ignoram o inciso VIII do artigo 7º do Estatuto e ignoram a participação dos Conselhos de Consumidores no ONS, os quais, por óbvio, não possuem instalações ou ativos relacionados aos serviços de energia elétrica conectados à rede básica.

Sobre a isonomia e a livre concorrência

Cumprido destacar que a razão determinante da ausência dos agentes comercializadores no ONS não é normativa, mas meramente factual.

Quando da aprovação do primeiro Estatuto do ONS, em 30.09.1998, não havia agente comercializador de energia elétrica no Brasil, pois, embora essa figura tenha sido instituída no ordenamento jurídico em 27.05.1998, com a edição da Lei 9.648/98, a primeira autorização para agente comercializador foi expedida pela ANEEL em 19.11.1998, quase dois meses após a aprovação do Estatuto.

Não existe, pois, óbice normativo à participação dos agentes comercializadores no ONS. O que existe é uma lacuna superveniente provocada por alteração nas circunstâncias fáticas.

³ Fls. 5 e 6 da Nota Técnica.

Com efeito, não houve falha da Agência quando da aprovação da primeira versão do Estatuto. Falha haveria se a Agência se recusasse a preencher essa lacuna.

Observe-se que a única categoria de agentes setoriais sem assento no ONS é a dos agentes comercializadores, o que se afigura ofensivo:

- (i) ao princípio da isonomia;
- (ii) ao princípio da livre competição e da livre concorrência;
- (iii) ao artigo 13 da Lei 9.648/98, o qual estabelece que os titulares de autorização devem integrar o ONS; e
- (iv) ao artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04, o qual denota que os agentes comercializadores, tais quais os agentes de distribuição, participam do ONS como representantes da categoria consumo.

Portanto, a ANEEL deve impor, como condição à aprovação do Estatuto, a colmatação dessa lacuna, para que, assim, seja restaurada a conformidade do Estatuto com a ordem jurídica.

Conclusão

Ao cabo do exposto, cumpre sintetizar as conclusões sobre as duas questões essenciais:

1ª Questão: “Possuir ativos/instalações conectados à rede básica constitui requisito para participar do ONS?”

Resposta: não, pois a exigência de conexão à rede básica como requisito para participação no ONS é restrita aos consumidores livres.

2ª Questão: “Há amparo legal para que os agentes comercializadores participem do ONS?”

Resposta: para além no mero amparo legal, existe, no artigo 13 da Lei 9.648/98 e no artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 5.081/04, a **determinação legal** de que os agentes comercializadores participem do ONS.

O Pedido Administrativo

Ante todo o exposto, a Abraceel pede que a Aneel estabeleça a determinação para que os agentes de comercialização tenham assegurada uma posição no Conselho de Administração do ONS.

Certo que podemos contar com o atendimento de nosso pleito, agradeço antecipadamente.

Atenciosamente,

Reginaldo Medeiros
Presidente Executivo da Abraceel