

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.246 - SP (2018/0324328-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**
AGRAVANTE : **ELEKTRO REDES S.A**
OUTRO NOME : **ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A**
ADVOGADOS : **JACK IZUMI OKADA E OUTRO(S) - SP090393**
 PEDRO LUIZ ZANELLA - SP116298
 PRISCILA PICARELLI RUSSO - SP148717
 PATRÍCIA MARA COELHO PAVAN - SP175515
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE TAPIRAÍ**
ADVOGADOS : **VINICIUS DE OLIVEIRA BARBARESCO E OUTRO(S) - SP219248**
 PAULO ROGÉRIO FRANZONI - SP344576

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. DUPLA APELAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA AOS MUNICÍPIOS. RESOLUÇÃO NORMATIVA 414/2010 DA ANEEL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. É cediço na doutrina e na jurisprudência que as agências reguladoras estão adstritas aos poderes que lhe são atribuídos por lei. Isso importa dizer que só podem reger conteúdo não disposto em lei prévia se assim lhes for permitido pelas competências que receberam legalmente, e nos estritos limites que lhes forem impostos, conforme voto da Min. Eliana Calmon, relatora do REsp 1.386.994, publicado no DJe de 13/11/2013: 'Prevê a Constituição Federal que somente a lei pode estabelecer obrigação de fazer ou não fazer. No caso, entretanto, o próprio legislador ordinário delegou à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos sobre pontos específicos'.

2. Caso em que se faz necessário que se delineiem os limites da atuação regulamentar da ANEEL, reconhecendo que não há dispositivo legal que expressamente lhe permita gerar obrigações a entes públicos, dentre as competências que lhe foram atribuídas por força do art. 3º da Lei 9.427/1996.

3. Contudo, deve-se ter em vista que a obrigação do Município para com o serviço de iluminação pública independe da ANEEL, já que detém assento constitucional, inclusive com previsão específica para

a forma de custeio (art. 149-A). Assim, de se afastar o argumento de que a Resolução 414/2010 da ANEEL está atribuindo tal obrigação a despeito de não deter força de lei. A agência está devidamente alinhada à suas atribuições, por exemplo, de 'gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica' (art. 3º, IV, Lei 9.427/1996).

4. Não obstante, a análise da situação concreta revela que, neste caso, a atuação da ANEEL importa, materialmente, na própria regência do patrimônio do Município, uma vez que lhe atribui a propriedade dos 'Ativos Imobilizados em Serviço -AIS', até então de titularidade da distribuidora, de maneira cogente. No que pese ser claro que a ANEEL não detém competência expressa para tanto, devem ser destacados os pontos a seguir.

5. Em primeiro lugar, na medida em que a ANEEL detém, sem dúvida, competência para 'regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação' (art. 3º, XIX, Lei 9.427/1996) e gerir os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica, e que tais contratos, por definição, importam em obrigações mútuas entre os contratantes, não há como não se derivar que a ANEEL pode estabelecer regulamentações que impliquem em alteração das obrigações contratuais originalmente firmadas, ou tradicionalmente cumpridas, criando-as ou extinguindo-as. Negar a naturalidade desta consequência acabaria por esvaziar a própria função da agência, na medida em que orientada ao satisfatório oferecimento do serviço público, devendo, sempre que necessário, intervir nas relações entre concedente e concessionária em favor do interesse público (art. 29, 111, Lei 8.987/1995, função do poder concedente delegada à ANEEL por força da Lei 9.427/1996).

6. Em segundo lugar, no específico caso da concessão de distribuição elétrica outorgada à Elektro Eletricidade e Serviços S/A, a União, poder concedente, atua por intermédio da ANEEL, em conformidade com o já referido art. 3º, IV da Lei 9.427/1996. Portanto, como a Agência Nacional de Energia Elétrica representa a União, de modo a poder impor, também por estas circunstâncias, obrigações ao Município, advindas de alterações contratuais.

7. No entanto, a despeito de todo o arrazoado até aqui, deve-se sopesar que também dentre as competências da ANEEL consta 'zelar pela boa qualidade do serviço (..)' (art. 29, VII, Lei 8.987/1995) e 'estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a

universalização do uso da energia elétrica;' (art. 3º, XII, Lei 9.427/1996). Ou seja, até por ser o seu propósito, deve a ANEEL visar a boa qualidade do serviço público prestado, buscando seu aperfeiçoamento. Assim, sua atuação na gerência contratual deve ser orientada às políticas e diretrizes do governo federal (art. 3º, 1, Lei 9.427/1996), buscando estabelecer metas e critérios de desempenho, de modo a atender satisfatoriamente a população, enquanto destinatária do serviço.

8. Nem se diga que a ANEEL não deve regular o serviço de iluminação pública, já que de competência municipal. Isto porque até o presente momento este serviço é prestado, tradicionalmente e de boa -fé, como obrigação acessória em contrato de concessão (o que já atrairia sua competência), em que a União atua por intermédio da agência. E mesmo se o município resolver prestar o serviço por meio de concessão, quer se considere isso atividade acessória ao contrato firmado com a União ou contrato independente, cabe legalmente à ANEEL gerir tal serviço, uma vez que as competências constantes do art. 3º da Lei 9.427/1996 não distinguem o âmbito federativo do serviço concessionado, muito embora a ANEEL deva respeito à autonomia municipal, neste caso.

Tanto assim é que o inciso IV do referido artigo inclusive aventa a possibilidade de fiscalização mediante convênio com órgãos estaduais.

9. Não há qualquer evidência concreta nos autos de que o município de Tapiraí esteja apto a gerir os AIS que lhe seriam transferidos. Não há informação sobre previsão orçamentária, instituição de COSIP ou de presença de efetivo técnico capacitado para a manutenção dos ativos. Note-se que o ônus dessa prova é da ANEEL, na medida em que detém o dever legal de zelar pelo serviço prestado e, portanto, garantir que os AIS só sejam transferidos aos municípios uma vez estejam estes aptos a manter a qualidade do serviço, sob pena de danos sensíveis aos munícipes.

Não o fazendo, atua de maneira ilegal, porque contrariamente às funções que lhe foram legalmente atribuídas.

10. A ANEEL deveria, então, incentivar o acerto entre distribuidora e município, ao invés de impor, indistintamente, a obrigação de adequação, até porque sabida a larga desigualdade de infraestrutura entre os diversos municípios do país.

11. Apelação desprovida" (fls. 492e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, os quais restaram rejeitados nos seguintes termos:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. DUPLA APELAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE

ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA AOS MUNICÍPIOS. RESOLUÇÃO NORMATIVA 414/2010 DA ANEEL. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera contrariedade das embargantes com a solução dada pela Turma, que, à luz da legislação aplicável e com respaldo na jurisprudência, consignou expressamente que 'é cediço na doutrina e na jurisprudência que as agências reguladoras estão adstritas aos poderes que lhe são atribuídos por lei. Isso importa dizer que só podem reger conteúdo não disposto em lei prévia se assim lhes for permitido pelas competências que receberam legalmente, e nos estritos limites que lhes forem impostos. A exemplo, veja-se trecho do voto da Min. Eliana Calmon, relatora do REsp 1.386.994, publicado no DJe de 13/11/2013'.

2. Asseverou o acórdão que 'na espécie, é necessário que se delineiem os limites da atuação regulamentar da ANEEL. Neste sentido, é de se reconhecer que não há dispositivo legal que expressamente permita à ANEEL gerar obrigações a entes públicos, dentre as competências que lhe foram atribuídas por força do art. 3º da Lei 9.427/1996. Contudo, deve-se ter em vista que a obrigação do Município para com o serviço de iluminação pública independe da ANEEL, já que detém assento constitucional, inclusive com previsão específica para a forma de custeio (art. 149-A). Assim, de se afastar o argumento de que a Resolução 414/2010 da ANEEL está atribuindo tal obrigação a despeito de não deter força de lei. A agência está, em verdade, devidamente alinhada à suas atribuições, por exemplo, de 'gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica' (art. 3º, IV, Lei 9.427/1996)'.

3. Ressaltou o acórdão que 'Não obstante, a análise da situação concreta revela que, neste caso, a atuação da ANEEL importa, materialmente, na própria regência do patrimônio do Município, uma vez que lhe atribui a propriedade dos 'Ativos Imobilizados em Serviço - AIS, até então de titularidade da distribuidora, de maneira cogente. No que pese ser claro que a ANEEL não detém competência expressa para tanto, devem ser destacados os pontos a seguir'.

4. A propósito, consignou o acórdão que 'Em primeiro lugar, na medida em que a ANEEL detém, sem dúvida, competência para 'regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação' (art. 3º, XIX, Lei 9.427/1996) e gerir os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica, e que tais contratos, por definição, importam em obrigações

mútuas entre os contratantes, não há como não se derivar que a ANEEL pode estabelecer regulamentações que impliquem em alteração das obrigações contratuais originalmente firmadas, ou tradicionalmente cumpridas, criando-as ou extinguindo-as. Negar a naturalidade desta consequência acabaria por esvaziar a própria função da agência, na medida em que orientada ao satisfatório oferecimento do serviço público, devendo, sempre que necessário, intervir nas relações entre concedente e concessionária em favor do interesse público (art. 29, III, Lei 8.987/1995, função do poder concedente delegada à ANEEL por força da Lei 9.427/1996). Em segundo lugar, no específico caso da concessão de distribuição elétrica outorgada à Elektro Eletricidade e Serviços S/A, a União, poder concedente, atua por intermédio da ANEEL, em conformidade com o já referido art. 3º, IV da Lei 9.427/1996. Importa dizer, portanto, que a Agência Nacional de Energia Elétrica representa a União, de modo a poder impor, também por estas circunstâncias, obrigações ao Município, advindas de alterações contratuais'.

5. Aduziu o acórdão que 'a despeito de todo o arrazoado até aqui, deve-se sopesar que também dentre as competências da ANEEL consta 'zelar pela boa qualidade do serviço (..)' (art. 29, VII, Lei 8.987/1995) e 'estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica' (art. 3º, XII, Lei 9.427/1996). Ou seja, até por ser o seu propósito, deve a ANEEL visar a boa qualidade do serviço público prestado, buscando seu aperfeiçoamento. Assim, sua atuação na gerência contratual deve ser orientada às políticas e diretrizes do governo federal (art. 3º, I, Lei 9.427/1996), buscando estabelecer metas e critérios de desempenho, de modo a atender satisfatoriamente a população, enquanto destinatária do serviço'.

6. Observou-se que 'Nem se diga que a ANEEL não deve regular o serviço de iluminação pública, já que de competência municipal. Isto porque até o presente momento este serviço é prestado, tradicionalmente e de boa fé, como obrigação acessória em contrato de concessão (o que já atrairia sua competência), em que, como dito, a União atua por intermédio da agência. E mesmo se o município resolver prestar o serviço por meio de concessão, quer se considere isso atividade acessória ao contrato firmado com a União ou contrato independente, cabe legalmente à ANEEL gerir tal serviço, uma vez que as competências constantes do art. 30 da Lei 9.427/1996 não distinguem o âmbito federativo do serviço concessionado, muito embora a ANEEL deva respeito à autonomia municipal, neste caso. Tanto assim é que o inciso IV do referido artigo inclusive aventa a possibilidade de fiscalização mediante convênio com órgãos

estaduais'.

7. Concluiu-se que 'não há qualquer evidência concreta nos autos de que o município de Tapiraí esteja apto a gerir os AIS que lhe seriam transferidos. Não há informação sobre previsão orçamentária, instituição de COSIP ou de presença de efetivo técnico capacitado para a manutenção dos ativos. Note-se que o ônus dessa prova é da ANEEL, na medida em que detém o dever legal de zelar pelo serviço prestado e, portanto, garantir que os AIS só sejam transferidos aos municípios uma vez estejam estes aptos a manter a qualidade do serviço, sob pena de danos sensíveis aos munícipes. Não o fazendo, atua de maneira ilegal, porque contrariamente às funções que lhe foram legalmente atribuídas. Nestes termos, a ANEEL deveria, então, incentivar o acerto entre distribuidora e município, ao invés de impor, indistintamente, a obrigação de adequação, até porque sabida a larga desigualdade de infraestrutura entre os diversos municípios do país'.

8. Não houve qualquer omissão no julgamento impugnado, revelando, na realidade, a articulação de verdadeira imputação de erro no julgamento, e contrariedade das embargantes com a solução dada pela Turma, o que, por certo e evidente, não é compatível com a via dos embargos de declaração. Assim, se o acórdão violou os artigos 5º, §2º, do Decreto nº 41.019/1957; 2º, 1 da Lei 8.987/1995; 4º, §5º, V da Lei 9.074/1995; 2º e 3º da Lei 9.427/1996; 557 do CPC/1973; 30, V, 149-A da CF, como mencionado, caso seria de discutir a matéria em via própria e não em embargos declaratórios.

9. Para corrigir suposto *error in iudicando*, o remédio cabível não é, por evidente, o dos embargos de declaração, cuja impropriedade é manifesta, de forma que a sua utilização para mero reexame do feito, motivado por inconformismo com a interpretação e solução adotadas, revela-se imprópria à configuração de vício sanável na via eleita.

10. Embargos de declaração rejeitados" (fls. 525/528e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, a parte ora agravante, além de divergência jurisprudencial, aponta violação aos arts. 5º, **caput**, e §2º, do Decreto 41.019/57, 2º e 3º, da Lei 9.427/96, 30, V, e 149-A da Constituição Federal.

Argumenta, em síntese, que "não logrou o Município recorrido demonstrar a ilegalidade das Resoluções ANEEL nº 414/2010 e 479/2012, nem qualquer dano irreparável decorrente da manutenção dos seus efeitos, ficando, ao contrário, absolutamente evidente o dano decorrente do V. acórdão proferido pelo E. TRF-3. É o que se passa a demonstrar" (fl. 562e).

Por fim, requer o provimento do Recurso Especial.

Negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 699/707e), foi interposto o

presente Agravo (fls. 751/764e).

A irresignação não merece conhecimento.

Inicialmente, o Recurso Especial não constitui a via adequada para análise de maltrato a dispositivo de índole constitucional, matéria da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, **a**, da Constituição Federal.

No que diz respeito ao mérito, assim se manifestou o Tribunal **a quo**:

"Senhores Desembargadores, a sentença reputou ilegal e inconstitucional a Resolução Normativa ANEEL 414/2010, alterada pela Resolução 479/2012, por extrapolar, no artigo 218, os limites da reserva legal, reformando legislação de nível superior e invadindo competência da União, ferindo a autonomia do município.

(...)

Portanto, na espécie, é necessário que se delineiem os limites da atuação regulamentar da ANEEL.

Neste sentido, é de se reconhecer que não há dispositivo legal que expressamente permita à ANEEL gerar obrigações a entes públicos, dentre as competências que lhe foram atribuídas por força do art. 3º da Lei 9.427/1996.

Contudo, deve-se ter em vista que a obrigação do Município para com o serviço de iluminação pública independe da ANEEL, já que detém assento constitucional, inclusive com previsão específica para a forma de custeio (art.

149-A). Assim, de se afastar o argumento de que a Resolução 414/2010 da ANEEL está atribuindo tal obrigação a despeito de não deter força de lei. A agência está, em verdade, devidamente alinhada à suas atribuições, por exemplo, de 'gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica' (art. 3º, IV, Lei 9.427/1996).

Não obstante, a análise da situação concreta revela que, neste caso, a atuação da ANEEL importa, materialmente, na própria regência do patrimônio do Município, uma vez que lhe atribui a propriedade dos 'Ativos Imobilizados em Serviço -AIS', até então de titularidade da distribuidora, de maneira cogente. No que pese ser claro que a ANEEL não detém competência expressa para tanto, devem ser destacados os pontos a seguir.

Em primeiro lugar, na medida em que a ANEEL detém, sem dúvida, competência para 'regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação' (art. 3º, XIX, Lei 9.427/1996) e gerir os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica, e que tais contratos, por definição,

importam em obrigações mútuas entre os contratantes, não há como não se derivar que a ANEEL pode estabelecer regulamentações que impliquem em alteração das obrigações contratuais originalmente firmadas, ou tradicionalmente cumpridas, criando-as ou extinguindo-as. Negar a naturalidade desta consequência acabaria por esvaziar a própria função da agência, na medida em que orientada ao satisfatório oferecimento do serviço público, devendo, sempre que necessário, intervir nas relações entre concedente e concessionária em favor do interesse público (art. 29, III, Lei 8.987/1995, função do poder concedente delegada à ANEEL por força da Lei 9.427/1996).

Em segundo lugar, no específico caso da concessão de distribuição elétrica outorgada à Elektro Eletricidade e Serviços S/A, a União, poder concedente, atua por intermédio da ANEEL, em conformidade com o já referido art. 3º, IV da Lei 9.427/1996. Importa dizer, portanto, que a Agência Nacional de Energia Elétrica representa a União, de modo a poder impor, também por estas circunstâncias, obrigações ao Município, advindas de alterações contratuais.

No entanto, a despeito de todo o arrazoadado até aqui, deve-se sopesar que também dentre as competências da ANEEL consta "zelar pela boa qualidade do serviço (...)" (art. 29, VII, Lei 8.987/1995) e "estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica;" (art. 3º, XII, Lei 9.427/1996). Ou seja, até por ser o seu propósito, deve a ANEEL visar a boa qualidade do serviço público prestado, buscando seu aperfeiçoamento. Assim, sua atuação na gerência contratual deve ser orientada às políticas e diretrizes do governo federal (art. 3º, I, Lei 9.427/1996), buscando estabelecer metas e critérios de desempenho, de modo a atender satisfatoriamente a população, enquanto destinatária do serviço.

Nem se diga que a ANEEL não deve regular o serviço de iluminação pública, já que de competência municipal. Isto porque até o presente momento este serviço é prestado, tradicionalmente e de boa -fé, como obrigação acessória em contrato de concessão (o que já atrairia sua competência), em que, como dito, a União atua por intermédio da agência. E mesmo se o município resolver prestar o serviço por meio de concessão, quer se considere isso atividade acessória ao contrato firmado com a União ou contrato independente, cabe legalmente à ANEEL gerir tal serviço, uma vez que as competências constantes do art. 3º da Lei 9.427/1996 não distinguem o âmbito federativo do serviço concessionado, muito embora a ANEEL deva respeito à autonomia municipal, neste caso. Tanto assim é que o inciso IV do referido artigo inclusive aventa a

possibilidade de fiscalização mediante convênio com órgãos estaduais.

Isto posto, não há qualquer evidência concreta nos autos de que o município de Tapiraí esteja apto a gerir os AIS que lhe seriam transferidos. Não há informação sobre previsão orçamentária, instituição de COSIP ou de presença de efetivo técnico capacitado para a manutenção dos ativos. Note-se que o ônus dessa prova é da ANEEL, na medida em que detém o dever legal de zelar pelo serviço prestado e, portanto, garantir que os AIS só sejam transferidos aos municípios uma vez estejam estes aptos a manter a qualidade do serviço, sob pena de danos sensíveis aos munícipes. Não o fazendo, atua de maneira ilegal, porque contrariamente às funções que lhe foram legalmente atribuídas.

Nestes termos, a ANEEL deveria, então, incentivar o acerto entre distribuidora e município, ao invés de impor, indistintamente, a obrigação de adequação, até porque sabida a larga desigualdade de infraestrutura entre os diversos municípios do país.

(...) (fls. 481/484e).

Assim, o exame da tese proposta pela recorrente demandaria a apreciação da Resolução ANEEL 414/2010, regramento esse que além de não enquadrar-se no conceito de lei federal para fins de conhecimento do Recurso Especial, evidencia que a ofensa a legislação federal, acaso constatada, se daria de forma reflexa e não direta como exige a jurisprudência desta Corte.

Desse modo, o exame da irresignação da agravante exigiria a apreciação da referida Resolução, cuja análise é inviável, em sede de Recurso Especial, porquanto não se insere no conceito de lei federal, a que se refere o art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.

Assinale-se, também, o não cabimento do Recurso Especial com base no dissídio jurisprudencial, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea **a**, servem de justificativa quanto à alínea **c** do permissivo constitucional.

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, **conheço** do Agravo para **não conhecer** do Recurso Especial.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte **recorrida**, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES

Relatora

