



NEOENERGIA

Consulta Pública nº 024/2019

**Contribuições para a
para a minuta de Resolução Normativa que
estabelece os indicadores, critérios de
eficiência e procedimentos para o
acompanhamento da qualidade do serviço e da
Gestão Econômico-Financeira das
concessionárias de distribuição de energia
elétrica.**

Sumário

1	Considerações Iniciais	3
2	Considerações Sobre a Proposta da ANEEL	3
2.1	Aspectos Regulatórios	3
2.2	Aspectos Jurídicos	4
3	Considerações Finais	8

1 Considerações Iniciais

A Consulta Pública (CP) nº 024/2019 foi aberta pela ANEEL em 14/10/2019, cujo objetivo é obter subsídios para o Relatório da Análise de Impacto Regulatório - AIR e para a minuta de Resolução Normativa que estabelece os indicadores, critérios de eficiência e procedimentos para o acompanhamento da qualidade do serviço e da Gestão Econômico-Financeira das concessionárias de distribuição de energia elétrica.

A proposta de resolução normativa, prevista na Nota Técnica Nº 0068/2019-SRD-SRM-SFE-SFF/ANEEL, estabelece indicadores para o monitoramento da qualidade do serviço e critérios de eficiência com relação à gestão econômico-financeira das concessionárias de distribuição energia elétrica, bem como define os procedimentos aplicáveis em caso de descumprimento destes critérios, cuja violação poderá ensejar na abertura do processo de caducidade dos contratos de concessão.

Nesse contexto, o grupo NEOENERGIA vem apresentar suas contribuições sobre o assunto, conforme a seguir.

2 Considerações Sobre a Proposta da ANEEL

2.1 Aspectos Regulatórios

De início, faz-se necessário comentários sobre pontos tanto no quesito da qualidade do serviço, como da Gestão Econômico-Financeira.

Com relação à mensuração dos indicadores de continuidade do fornecimento das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, para considerar o seu descumprimento, a NEOENERGIA entende que a apuração do mesmo deve desconsiderar as ocorrências de origem externa ao sistema de distribuição, bem como as ocorrências programadas.

Quanto às ocorrências de origem externa, as distribuidoras não têm gestão sobre o sistema de transmissão, portanto devem ser expurgadas na apuração dos indicadores DEC e FEC. Esta alteração é para ficar aderente à proposta de estabelecimento de indicadores prevista na AP 46/2018.

Com relação às ocorrências programadas, é importante ressaltar que as distribuidoras, para atingir os limites dos indicadores de DEC e FEC,

estabelecerão Planos de Ações que contemplarão investimentos para obras de ampliação e reforço no sistema elétrico. As execuções dessas obras exigirão desligamentos programados, sendo, portanto, compreensível que estas ocorrências também sejam expurgadas da apuração dos indicadores DEC e FEC. Caso contrário as distribuidoras seriam punidas na execução do seu Plano de Investimento ou quando da execução do Plano de Ação, que será aprovado pela ANEEL, que visa exatamente a melhoria do sistema elétrico da distribuidora e dos indicadores de continuidade do fornecimento.

Com relação ao critério de eficiência no que tange à gestão econômico-financeira mensurado com base na Selic, a NEOENERGIA entende que a mesma não representaria a indexação da Dívida Líquida e do EBITDA das companhias, cujas exposições podem estar atreladas a outros índices. Dessa forma, a medição da solvência utilizando a Selic como referência poderia trazer descolamentos em relação à realidade das empresas. Além disso, utilizar a Selic do período (anual) para determinar os limites de alavancagem não necessariamente refletiria o custo da dívida de longo prazo das empresas, uma vez que o prazo médio da dívida, na maioria dos casos, seria superior a um ano. Adicionalmente, estabelecer um limite móvel, que flutuaria dentro de uma banda, conforme o comportamento da Selic parece cercear excessivamente as empresas dado que tornaria o limite mais restritivo em situações de cenário econômico teoricamente mais contracionista. Tais pontos poderiam levar a distorções causadas pela incompatibilidade do índice e ao descumprimento dos limites estabelecidos em função da política monetária adotada, sem que isso efetivamente refletisse uma piora na solvência das empresas no longo prazo. Caso o regulador persista em normatizar regra solicita-se que se abra um novo processo de tomada de subsídios sobre esse tema.

Também se considera desnecessário o encaminhamento de documento oficial, assinado pelo Diretor Presidente e pelos diretores responsáveis pela apuração dos indicadores de continuidade do fornecimento, o qual deverá confirmar que os indicadores DEC e FEC encaminhados para o ano anterior foram coletados e apurados em conformidade com os procedimentos estabelecidos na Regulação da ANEEL, pois as distribuidoras já informam, oficialmente, através dos dutos disponibilizados por essa Agência, a apuração de diversos indicadores, dentre estes, os de continuidade da prestação de serviços (DEC e FEC), retratando, fielmente, a apuração à luz dos procedimentos estabelecidos na Regulamentação da ANEEL. Dessa forma, a exigência prevista no artigo 8º da Minuta de Resolução à CP 024/2019 é desnecessária e evitada de preciosismo, uma vez que todas as informações enviadas pela distribuidora são suportadas pelo princípio da boa-fé objetiva.

2.2 Aspectos Jurídicos

No âmbito da presente consulta, foi emitida a Nota Técnica nº 0068/2019-SRD-SEM-SFE-SFF/ANEEL, a qual, por sua vez, menciona o Parecer nº

00298/2019/PFANEEL/PGF/AGU, da Procuradoria Federal, que conclui pela inexistência de óbice à aplicação da futura Resolução Normativa (REN) aos contratos em vigor anteriores à Lei nº 12.783/13 (cf. itens 29 a 48), tanto no que concerne aos indicadores operacionais de continuidade, como também nos indicadores de sustentabilidade financeira, sob o argumento de que se tratariam de cláusulas de natureza estatutária, passíveis de alteração unilateral pela Administração, a qual, em realidade, estaria por meio da futura REN apenas criando critérios objetivos de aferição.

No que tange ao estabelecimento de indicadores de desempenho operacional (mas, afirme-se, não às sanções decorrentes de sua inobservância, como adiante se verá), poderia assistir alguma dose de razão à Procuradoria, uma vez que tais limites poderiam ser fixados unilateralmente pelo Regulador. No entanto, se considerados os fins previstos na minuta de resolução normativa e as implicações sancionatórias, parece-nos que tal previsão não mereceria prevalecer, como ao final será concluído.

Já se observada a cláusula padrão de sustentabilidade econômico-financeira nos contratos novos (abaixo citada), nota-se que a mesma não teria, a rigor, um caráter meramente estatutário, visto que ela não se limita a um compromisso de equilíbrio financeiro, mas sim ao atingimento de **DETERMINADO PATAMAR** de sustentabilidade (este fixado de forma bilateral, em contrato) e com consectários adicionais aos previstos nos contratos sob a égide da Lei nº 9.074/95:

“CLÁUSULA SÉTIMA – SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA

A DISTRIBUIDORA se compromete a preservar, durante toda a concessão, condição de sustentabilidade econômica e financeira na gestão dos seus custos e despesas, da solvência de endividamento, dos investimentos em reposição, melhoria e expansão, além da responsabilidade no pagamento de tributos e na distribuição de proventos.

Subcláusula Primeira – O descumprimento por parte da DISTRIBUIDORA dos Critérios de Eficiência com relação à Gestão Econômico-Financeira definidos no Anexo II implicará, sem prejuízo de outras ações fiscalizatórias:

I – a limitação de distribuição de dividendos ou pagamento de juros sobre o capital próprio cujo valor, isoladamente ou em conjunto, supere 25% do lucro líquido diminuído ou acrescido pelos montantes destinados à reserva legal (art. 193 da Lei nº 6.404, de 1976) e à reserva para contingências (art. 195 da Lei nº 6.404, de 1976) e reversão desta última reserva formada em exercícios anteriores, até que os parâmetros regulatórios sejam restaurados e observáveis a partir das demonstrações contábeis regulatórias do ano civil subsequente entregues à ANEEL; e

II – a aceitação de um regime restritivo de contratos com partes relacionadas.

(...)”¹.

¹ Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 02/2019-ANEEL (Companhia Energética de Alagoas – CEAL).

A Cláusula traz 2 hipóteses sancionatórias claras: **(i)** restrição na distribuição de dividendos; e **(ii)** limitações na contratação entre partes relacionadas. Dados o caráter punitivo e a noção de um patamar específico a ser atingido, parece-nos que a cláusula em questão teria natureza necessariamente bilateral. Note-se que as sanções, inclusive, aplicam-se ao não atingimento de indicadores de continuidade, como falamos anteriormente.

Ademais, a minuta de resolução normativa trazida pela supracitada Nota Técnica não apenas torna objetivos os critérios de sustentabilidade (os quais, repita-se, não foram acordados com os concessionários não abrangidos pela Lei nº 12.783/13), como determina a sua **observância geral**, inclusive às distribuidoras que já celebraram novos contratos de concessão, sob pena de sanção (conforme art. 2º c/c art. 6º, *caput* e §§ 1º e 5º da proposta de resolução, aplicável também à hipótese de indicadores operacionais).

Em outras palavras, aqueles concessionários que não contrataram tal obrigação, passariam a tê-la – a qual possuiria evidente natureza bilateral e, portanto, negocial, eis que invade a esfera da liberdade gerencial de cada empresa e atinge a distribuição de dividendos e a contratação intragrupo, alterando, por absoluto, a equação econômico-financeira do contrato de concessão, já que **umenta a onerosidade** em relação àquela base anterior.

Em síntese, a ANEEL almeja dispor em regulamento – aplicável a todas as distribuidoras de energia elétrica – as cláusulas de padrão de qualidade inseridas quando das prorrogações das concessões tratadas pela Lei nº 12.783/13. Assim, as regras de qualidade e sustentabilidade econômico-financeira se aplicarão a todas as distribuidoras, independentemente de terem ou não assinado contrato ou aditivo específico.

A NEOENERGIA entende que essa proposta, mercê do nobre intuito de padronizar a regulamentação, colide com as disposições jurídicas que norteiam os contratos de concessão.

Em primeiro plano, os contratos firmados sob a égide da Lei nº 9.074/95, no momento de suas respectivas assinaturas e dentro das regras que fixavam as bases de direitos e deveres em dada circunstância e condição, concediam aos concessionários o direito/dever associado a uma partida e a uma contrapartida, que, juntas, formaram a base inicial do equilíbrio econômico-financeiro.

Alterar as bases econômicas, impondo de forma unilateral determinados patamares – estes, fixados unilateralmente pela Agência - sob pena de limitação de dividendos, ferirá as bases anteriores que levaram o acionista a celebrar o acordo inicial. A alteração das bases econômicas definitivamente não se apresenta como uma questão meramente estatutária, mas, pelo contrário, afronta diretamente ao princípio da segurança jurídica, escorado, para o caso de contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, justamente no equilíbrio econômico-financeiro.

A segurança jurídica está ligada à ideia de proteção dos indivíduos contra a atuação retroativa do Estado, manifestando-se pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF, art. 5º, inciso XXXVI).

A vinculação do Poder Concedente aos contratos de concessão de serviço público, estabelecida a natureza bilateral da respectiva cláusula, está amparada não só na Constituição Federal, como no art. 29 da Lei nº 8.987:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

Ainda que se reconheça a possibilidade de que o Poder Concedente uniformize e crie regras idênticas quanto à caducidade para os contratos de concessão firmados sob a égide da Lei nº 9.074/95 e da Lei 12.783/13, importa explicitar os limites jurídicos à deliberação administrativa na respectiva matéria.

Com efeito, há limites à tomada de decisão administrativa, consistentes em elementos que condicionam a discricionariedade na matéria, tais como as previsões contratuais existentes, a isonomia na praxe administrativa, a autovinculação da Administração a seus próprios atos e precedentes e a vedação ao exercício de prerrogativas contratuais.

Os atos regulamentares devem estar diretamente vinculados à finalidade da lei, bem como pelas exigências de adequação de motivo, razoabilidade e fundamentação da decisão. **Qual seria a razão para se igualar regras de contratos que são distintos e que foram firmados sob a luz de diferentes marcos legais (onde as condições jurídicas, econômicas e sociais são diametralmente diversas entre um marco legal e outro)?**

Não se encontra, nem haveria razões de interesse público para que se encontrasse, qualquer intenção de desconstituir posições jurídicas preexistentes e independentes da disciplina agora constituída. Lembre-se que o STF já consolidou o entendimento segundo o qual

“a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica” (RE 422.941 – Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 24.03.2006).

Portanto, entende-se que a norma regulamentar em questão não poderia ser aplicável a todas as distribuidoras, uma vez que os contratos firmados

sob a égide da Lei nº 9.074 não permitem a estipulação unilateral de determinados patamares de desempenho operacional e, principalmente, econômico-financeiros, sob pena de restrição a envio de dividendos e contratação entre partes relacionadas.

Entende-se que, a prevalecer a proposta atual, haverá colidência com os princípios jurídicos do respeito ao ato jurídico perfeito, à segurança jurídica e à liberdade de iniciativa, dentre outras disposições legais aplicáveis à gestão de contratos públicos.

3 Considerações Finais

A NEOENERGIA apresentou neste documento considerações sobre a que estabelece os indicadores, critérios de eficiência e procedimentos para o acompanhamento da qualidade do serviço e da Gestão Econômico-Financeira das concessionárias de distribuição de energia elétrica, conforme CP nº 024/2019.

Diante do exposto, solicita-se que a proposta de norma em questão seja revista, para:

- (i) excluir de sua aplicação os contratos firmados anteriormente à Lei nº 12.783;
- (ii) na apuração dos indicadores DEC e FEC desconsiderar as ocorrências de origem externa ao sistema de distribuição, bem como as ocorrências programadas;
- (iii) para o critério de eficiência da gestão econômico-financeira faz-se oportuno a abertura de um processo de tomada de subsídios; e
- (iv) não necessidade do encaminhamento de documento oficial, assinado pelo Diretor Presidente e pelos diretores responsáveis pela apuração dos indicadores de continuidade do fornecimento com a confirmação que os indicadores DEC e FEC encaminhados para o ano anterior foram coletados e apurados em conformidade com os procedimentos estabelecidos na Regulação da ANEEL.

Diretoria de Regulação

Grupo Neoenergia