

Alfredo Gioielli: Novas regras para distribuidoras de energia

04/08/2020

A Resolução Normativa nº 888, de 30 de junho de 2020, que alterou em parte a REN nº 414/2020, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), vem sendo festejada e comemorada pelos gestores municipais e profissionais que atuam no serviço de gestão do parque de iluminação das cidades, que são conhecedores do grau de lesividade, desrespeito e abuso do poder econômico, que as distribuidoras de energia estão praticando com evidente materialidade de lesão ao patrimônio público.



Importante destacar que o artigo 113 da REN nº

414/2010 já havia sofrido, no final de 2018, uma modificação com relação à ampliação dos prazos prescricionais. O prazo anterior para eventual ressarcimento beneficiava as distribuidoras quando realizavam faturamento a maior à revelia dos municípios na conta da iluminação pública, causando, de forma lesiva, prejuízos ao erário. Porém, quando tais distribuidoras eram apanhadas, a devolução se limitava ao prazo de 36 meses. A alteração ocorreu após decisão proferida juízo da 19ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 5024153-93.2018.4.03.6100, proposta pelo Ministério Público Federal contra a Aneel, que fez publicar despacho sob nº 18, em 4 de janeiro de 2019, ampliando de três para dez anos e assegurando a devolução de faturamento realizado a maior, permitindo assim a realização de auditoria por parte das novas concessionárias, a fim de identificar irregularidades e exigir das distribuidoras as devoluções desse faturamento, levando esses recursos a ingressar no caixa do poder concedente para repartição com o concessionário, como receitas adicionais e/ou acessórias a depender do mecanismo do contrato foi firmado.

Diversas são as imposições ilegais — sem dúvida — estabelecidas pelas distribuidoras de energia. Destacamos algumas que entendemos relevantes, para demonstrar como a nova resolução contribuirá no combate de atos lesivos ao poder público. Vejamos algumas práticas: a) recusa no reconhecimento da empresa que recebeu por delegação o serviço público de gestão da iluminação; b) negativa de atendimento a requerimentos do poder público, a fim de apresentar detalhamento do consumo estimado à iluminação pública; c) entrega da prestação

de contas do faturamento da CIP, comparado com os valores arrecadados e quantidade de consumidores dentro do mês; d) a indevida cobrança de taxa de administração sobre a arrecadação da CIP, cobrada pelas distribuidoras no país, em muitos casos, sem autorização legislativa; e) encontro de contas dos débitos existentes dos municípios com os créditos arrecadados da CIP; f) negativa de atualização do cadastro das luminárias convencionais pelas novas tecnologias LED; e g) não autorização da implantação do sistema de telegestão, que permite o controle e medição de consumo das luminárias, dentre outras práticas.

Essas irregularidades cometidas pelas distribuidoras, de forma consciente e planejada, por si só já permitem a identificação do ilícito contratual em relação ao próprio regime de concessão federal, que impõe no contrato o dever de cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares do serviço, respondendo, perante o poder concedente, a Aneel, e terceiros, pelos eventuais danos e prejuízos causados, ensejando com isso indícios suficientes a permitir a instauração da persecução civil ou criminal, para comprovação do dano ao patrimônio público. Vale lembrar que após a comprovação do dano é perfeitamente possível à condenação por ato de improbidade administrativa, posto que os funcionários das distribuidoras são considerados agentes públicos de acordo com o artigo 2º c/c o artigo 10º, ambos da Lei nº 8.429, de 2/6/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), respondendo pelas suas condutas lesivas, além de incorrerem em crime de desobediência, já que as requisições ou determinações de providências direcionadas às distribuidoras são assinadas por servidores públicos no exercício de suas funções.

Com efeito, a resolução, trouxe importantes modificações que terão impactos diretos nas concessões dos serviços de iluminação que estão sendo delegados pelos municípios às empresas que atuam na gestão do parque das cidades, sendo uma delas a autorização para que contrato de fornecimento de energia possa ser firmado com a empresa que recebeu o serviço por delegação, nos termos do parágrafo segundo do artigo 26-A da REN nº 888/2020, devendo a distribuidora de energia proceder a alteração da titularidade nos casos solicitados.

Julgamos esse dispositivo extremamente relevante. Com muito acerto, a agência reguladora atendeu à vontade dos gestores municipais, já que grande parte das distribuidoras se recusa a entregar documentos essenciais para conferência da fatura de energia, que é realizada por estimativa nos parques de iluminação, sob o argumento de que as empresas que receberam o serviço de gestão por delegação não possuem legitimidade para tratar da gestão do parque das cidades com as distribuidoras e, com isso, retardam de forma injustificada a conferência dos valores que são faturados e impedem a atualização do cadastro para efeitos de faturamento com as novas tecnologias que estão sendo aplicadas.

Nesse sentido, o parecer da Procuradoria Federal junto à Aneel, autuado sob nº 00098/2020/PFAneel/PGF/AGII, de 27/3/2020, comprova o que estamos trazendo ao debate como posicionamento, já que a agência reguladora decidiu que o consórcio vencedor nos contratos com os municípios é parte legítima para promover diretamente todas providências com a distribuidora para gerir o parque de iluminação, uma vez que o contrato de concessão é suficiente para respaldar sua legitimidade junto à distribuidora, constituindo manifesta ilegalidade a recusa e o não cumprimento das requisições.

Dessa forma, com o contrato celebrado diretamente com a empresa que recebeu o serviço por delegação, o concessionário contratado pelo poder concedente possui mais autonomia direta para discutir todas as cláusulas do novo instrumento, providenciando, inclusive a requisição de todo faturamento detalhado do consumo de energia. Muito embora o contrato de fornecimento de energia possa ser apresentado dentro de um modelo padrão da distribuidora, importa destacar que o concessionário não está obrigado a aceitar condições que a nova resolução não autoriza e, por essa razão, havendo cláusula abusiva, o questionamento é medida que se impõe para equilíbrio na relação jurídica.

O avanço na nova regulamentação impede os abusos, e a forma arbitrária com que algumas distribuidoras especificavam equipamentos de iluminação pública para efeitos de homologação e instalação no parque das cidades sob sua jurisdição. Não é demais lembrar que tal matéria sempre foi regulada pelas normas da ABNT, como a NBR 15129:2012, exigido do poder público nos editais, a apresentação de ensaios de segurança realizados em laboratórios oficiais acreditados pelo Inmetro, isso também é previsto na NBR IEC 60598-1:2010. A Portaria nº 20/2017 do Inmetro fixou posteriormente os requisitos técnicos a serem atendidos pelas luminárias para iluminação pública viária. A prática de estabelecer na norma interna da distribuidora, requisitos técnicos para a concepção, funcionamento, marca e modelo dos equipamentos de iluminação pública está vedada agora pela resolução, nos termos do parágrafo 7º do artigo 4º, e certamente, se assim não fosse, causaria impacto econômico significativo se os concessionários ficassem reféns dessa ilegalidade, o que prejudicaria o princípio constitucional da isonomia e a livre concorrência desse mercado, pois seria passível de direcionamento das compras para o setor público ao gosto da distribuidora.

O assunto já vinha sendo questionado na Aneel, e não passou despercebido, e quando provocada se posicionou por meio do Ofício nº 191/2014-SRC/Aneel, de 14/10/2014, decidindo em favor dos municípios que *"a escolha de equipamentos de iluminação pública é de responsabilidade do poder público municipal, devendo atender às normas técnicas publicadas por órgãos oficiais, não cabendo às distribuidoras qualquer ingerência sobre esse procedimento"*.

De outro lado, e sem dúvida um dos pontos mais delicados que sempre comprometeram a redução do consumo do parque de iluminação pública para emplacar a viabilidade econômica dos estudos antecedentes à concessão, foi a fixação de um prazo estimado para atualização do cadastro. Com exigências descabidas desde o projeto elétrico, mesmo que se tratasse de redução de carga, e sem previsão para promover as atualizações, as distribuidoras vinham deitando e rolando com o dinheiro público, sem reconhecer as novas luminárias com tecnologia LED. É sabido que a redução do consumo somente ocorre, se o cadastro, para efeito de faturamento da energia consumida, for atualizado, vez que não basta simplesmente substituir as luminárias convencionais pelas novas tecnologias, sem que a atualização ocorra pela própria distribuidora.

A demora ou a negativa de aceitação por parte da distribuidora na atualização interna do seu cadastro, que propicia a verdadeira redução de carga, pode muitas vezes comprometer a própria concessão, aumentando o custo de toda a operação, com potencial prejuízo ao contratado, uma vez que a distribuidora continuará faturando a conta pelo consumo dos

equipamentos antigos, mesmo ciente das atualizações, onerando os cofres públicos e causando lesão de difícil reparação, vez que ao promover a regularização do seu cadastro para efeitos do novo ciclo de faturamento, as distribuidoras não aplicavam, e, até o momento, não aplicam, a devolução dos valores de forma retroativa, mas cobraram por um longo tempo com base nas tipologias antigas cadastradas, materializando o prejuízo aos cofres municipais.

A nova resolução extirpa essa violação e a consequente malversação do dinheiro público praticado pelas distribuidoras de energia, regulando de forma definitiva: a) vedação de a distribuidora exigir a apresentação de projeto luminotécnico ou estudos do impacto na rede de distribuição (§ 4º do artigo 21-B); b) a não dependência de apresentação e aprovação prévia de projeto ou de autorização da distribuidora para redução de carga (inciso I do artigo 21-C); e c) a realização do faturamento, a distribuidora atualizará mensalmente as informações, sob pena de corrigir o faturamento nos termos do artigo 113 da REN nº 414/2010, que determina a aplicação de acréscimos de atualização monetária, calculados *pro rata die*, em valor igual ao dobro do que foi pago em excesso. (§ 1º do artigo 24-A).

Com os avanços e correções trazidas pela nova regulamentação, a Aneel também enfrentou — é necessário que se diga — de forma precisa um dos temas de maior relevância no cenário da iluminação pública, e que é fundamental para execução e sobrevivência dos contratos de gestão e liquidação da conta de consumo vinculado a uma arrecadação, que não pode ser utilizada para pagamentos de despesas estanhas a sua destinação, em especial, a que se refere à cobrança da Cosip na fatura de energia. Essa é, sem dúvida, uma das questões mais polêmicas e que foi discutida com mais intensidade, pelos aspectos ligados à utilização dos valores arrecadados. O valor cobrado para a arrecadação dessa receita pelas distribuidoras de energia e o encontro de contas — prática abusiva — entre o que é arrecadado e o que está sendo exigido dos municípios na administração dessa receita, foi alvo de alentadas críticas em nossas publicações, tamanha a ilegalidade perpetrada, com a violação ao princípio da isonomia no tratamento da arrecadação dos tributos federais (PIS e Cofins) e estaduais (ICMS), que as distribuidoras têm a atribuição de responsabilidade tributária ao arrecadar e repassar esses tributos. Mas o que historicamente se viu, foi uma flagrante postura de jamais se manifestarem no sentido de exigir da União ou dos Estados qualquer tipo de contraprestação.

Por sua vez, a Aneel, acolhendo a tese do Ministério Público Federal, na ação civil pública ajuizada em 2018, concordou que a imposição do encontro de contas por meio de convênio é uma prática abusiva, vez que a distribuidora utiliza de um recurso público de origem tributária, em que é mera arrecadadora, para efetuar pagamento para si própria. Nessa corrente, a imagem de não repasse, praticada sem alforria legal, é capaz de permitir a identificação do ilícito penal de apropriação indébita de receita pública, mercê da teoria da infidelidade, nos moldes da Lei 8.666/93, além de possível ato de improbidade, razões suficientes para que a Aneel, além de proibir a cobrança de uma taxa de administração, reconhece a ilegalidade praticada, determinando que a referida arrecadação seja realizada de forma não onerosa ao poder público (§1º do artigo 26-C), proibindo também a compensação dos valores arrecadados da contribuição com os créditos devidos pelos municípios, salvo quando houver autorização expressa na legislação municipal (§2º do artigo 26-C), autorizando a cobrança de multa de 2%, atualização monetária e juros de mora em caso de não repasse.

Vale ressaltar ainda outro ponto importante, que ensejará uma batalha entre distribuidoras e concessionárias de serviço de gestão, com aplicação da telegestão e da dimerização das luminárias. A Aneel saiu na frente do Inmetro ao editar o manual que regula os dispositivos de carga com a operacionalização do artigo 26 da REN nº 414/2010, inserindo condições mínimas para sua implantação. Nesse sentido, a telegestão será uma ferramenta usada para gerir, controlar e monitorar redes de iluminação pública. Esse sistema de comunicação proporcionará o controle de forma remota e individual das luminárias, fazendo pleno uso dos seus parâmetros operacionais e fiscalizando a qualidade de energia fornecida pelas distribuidoras. Nesse aspecto é importante lembrar que essa ferramenta propiciará a imputação de responsabilidade por queima de equipamentos instalados quando ocorrerem variações de cargas que danifiquem essas luminárias ou acessórios. Indagamos: interessa às distribuidoras aceitarem esse nível de fiscalização, que comprovará a eventual ineficiência do seu serviço prestado?

Algumas distribuidoras se anteciparam e lançaram seus pilotos de sistema para gestão e medição de energia com uso de rede de comunicação híbrida, depositando o registro de patente no Inpi (Instituto Nacional da Propriedade Industrial). Alguns posicionamentos, porém, têm causado estranheza quando defendem que o uso da telegestão reduzirá a conta de consumo ao acionar a dimerização, permitindo a redução do fluxo luminoso em determinados horários noturnos. Ora, nada adianta a implantação de luminárias com tecnologia LED, com possibilidade de dimerização visando à redução de consumo, se a distribuidora de energia oferecer resistência em aceitar o dispositivo implantado, criando embaraços na aplicação do equipamento. Ainda se deve levar em conta que a cobrança de energia é realizada por estimativa e não por medição, tornando inócua a redução da intensidade luminosa, se o faturamento ocorrer pelos valores nominais cadastrados na distribuidora.

Concluimos que a nova resolução da Aneel atingiu os objetivos do setorial, regulamentando situações outrora desgastantes, relacionadas à política pública de distribuição de energia. Assim, as novas regras permitirão a transparência desejada para a execução dos contratos firmados pelos municípios com a iniciativa privada, possibilitando uma melhor gestão dos parques de iluminação pública, com reflexos diretos nas concessões dos serviços, permitindo aplicação de tecnologias que auxiliam na redução do consumo, trazendo segurança jurídica com vistas ao controle e eficiência energética, possibilitando a realização do retorno sobre os investimentos realizados.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-04/alfredo-gioielli-novas-regras-distribuidoras-energia/>