

Integridade e regulação na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica

Integrity and regulation in the provision of electric power distribution public service

Cristiana Fortini¹

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)
Faculdade Milton Campos (MCAMPOS/Brasil)
cristiana@carvalhopereirafortini.adv.br

Gabriel Ribeiro Fajardo²

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)
gabrielmfajardo@gmail.com

André Almeida Villani³

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)
aav.villani@gmail.com

Resumo

Este artigo busca explorar a aplicação de normas de direito público, no âmbito da função reguladora da Administração Pública, para a definição de parâmetros de integridade na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. A análise se baseia na compreensão de que os fundamentos jurídicos legitimadores da atividade de regulação estatal dos serviços e sua estruturação econômica peculiar configuram premissas fundamentais à compreensão da instituição de parâmetros de integridade e governança a serem seguidos pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica como meios que possam contribuir para a adequada prestação do serviço.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Professora de Direito Administrativo da Faculdade Milton Campos. Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, Centro, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil. Faculdade Milton Campos. Rua Milton Campos, 202, Vila da Serra, 30525-190, Nova Lima, MG, Brasil.

² Mestrando em Direito e Administração Pública. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, Centro, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

³ Mestrando em Direito e Administração Pública. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, Centro, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Palavras-chave: serviço público, regulação, energia, integridade.

Abstract

This paper seeks to explore the enforcement of public law, within Government regulatory function, for the definition of integrity standards in the provision of electric power distribution public services. The analysis is based on the understanding that the legal principles that legitimize state regulation of public services and the peculiar economic structuring of these services constitute fundamental premises for the comprehension and enactment of integrity and governance standards that must be followed by the concessionaires of electric power distribution public services as means to contribute to the adequate provision of public services.

Keywords: public services, regulation, energy, integrity.

Introdução

O regime jurídico dos serviços públicos de energia elétrica é um dos mais complexos e desafiadores. Sob a perspectiva histórica, a configuração desses serviços passou por movimentos pendulares ao longo das últimas décadas no Brasil, que implicaram alterações estruturais no desenvolvimento dos fundamentos teóricos para a consolidação do regime jurídico de prestação desses serviços. Tais implicações impactaram, sobretudo, a compreensão acerca do exercício do poder regulamentar pela Administração Pública e o papel da função reguladora na prestação de serviços públicos.

A importação do modelo americano de agências reguladoras como um *locus técnico* e pretensamente autônomo para aplicar regras aos agentes econômicos responsáveis pela prestação dos serviços, neste setor, acrescentou um elo significativo à dinâmica da relação público-privada que se intensificou, nas últimas décadas, na prestação dos serviços de energia elétrica.

Os contratos de concessão, históricos (alguns anteriores até mesmo à Constituição Federal de 1988), passaram a sofrer os influxos dos novos tempos.

Neste cenário, as discussões trazidas à tona sobretudo após a edição da chamada Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/13) e os recentes escândalos de corrupção no país pulverizaram práticas e normas de governança corporativa, e, mais especificamente, a implementação de programas de integridade (*compliance*)⁴. Enrijeceu-se, de um lado, a preocupação com a governança das empresas privadas, mas também as empresas estatais foram chamadas a repensar suas estruturas internas.

Assim é que sobretudo os contratos de concessão celebrados com distribuidoras de energia elétrica tornaram-se fonte inquietante de diversas discussões contemporâneas no

⁴ Neste sentido, ver Nakamura (2018).

direito administrativo: desde a convivência entre operadores público e privados, e a relação destes com a regulação setorial; até a necessidade de se aprimorarem constantemente as condições para a prestação do serviço, não apenas no que se refere à atividade materialmente prestada, mas também sobre as idiossincrasias da convivência público-privada, enfeixadas pelo zelo com a probidade, com a democracia e com os valores republicanos previstos na Constituição.

Este artigo pretende, assim, apresentar análise sobre a incidência de normas reguladoras de direito público para a definição de parâmetros de integridade no âmbito da prestação dos serviços de distribuição de energia elétrica, considerando não só a estruturação econômica peculiar desses serviços como os fundamentos jurídicos legitimadores da atividade de regulação estatal no âmbito dos serviços públicos.

Estruturação econômica e regulação dos serviços de distribuição de energia elétrica no Brasil

(a) A complexidade da organização da prestação dos serviços de energia elétrica

O setor de energia elétrica apresenta grande complexidade na sua estruturação econômica e especialmente quanto aos seus aspectos regulatórios. A começar pelo próprio objeto, o setor se diferencia significativamente de outras áreas de infraestrutura pública ou privada. Enquanto bem de consumo, a energia é classificada como bem não estocável ou de perecimento imediato. Isso quer dizer que, embora seja possível armazenar certa quantidade de energia, por meio de baterias, por exemplo, a demanda faz com que a energia deva ser gerada ao mesmo tempo em que é consumida. Uma vez que não existe a possibilidade de estocar energia em volume compatível com a demanda, é necessário que haja elevado grau de coordenação dos agentes econômicos que atuam na cadeia produtiva para assegurar o abastecimento energético em condições suficientes e adequadas (Hochstetler, 1998, p. 27). Outro aspecto importante que diferencia o setor elétrico, principalmente nos casos em que há predominância de hidreletricidade, é a interdependência da geração de energia, o que exige planejamento e operação coordenados para se obter otimização dos processos.

Trata-se ainda de setor essencial para o desenvolvimento social e econômico da sociedade. A demanda pela energia é uma demanda derivada, isto é, não advém do bem em si, mas da sua utilidade como insumo para a produção de outros bens e serviços. Por isso, costuma-se observar que o acréscimo na demanda por energia está diretamente associado ao crescimento econômico de determinada localidade (Hochstetler, 1998, p. 30).

Em conjunto com o relevante interesse público envolvido na prestação dos serviços de energia elétrica, esses são alguns dos fatores que explicam a previsão expressa do art. 21, XII, alínea "b", da Constituição de 1988, que reservou à União a competência material para

explorar diretamente, ou mediante autorização, permissão ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica⁵.

A interpretação da norma constitucional, porém, não é simples, dada a complexidade dos serviços de energia elétrica. O setor elétrico é dividido em segmentos, que caracterizam os respectivos serviços a serem explorados: a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia. Cada um desses serviços possui organização econômica e complexidade técnica distintas, com diferentes graus de intensidade de participação de agentes públicos e privados⁶.

Neste contexto, como esclarece Vitor Rhein Schirato (2016, p. 255), verificam-se na doutrina duas correntes interpretativas sobre o art. 21, XII, alínea “b”, da Constituição. A primeira entende que a redação constitucional implica, necessariamente, a caracterização de qualquer atividade relacionada ao setor elétrico como serviço público de titularidade da União. A segunda, por sua vez, entende que o dispositivo estabelece apenas o “controle” da União sobre o setor, sem necessariamente impor a caracterização de todas as atividades que o integram como serviço público. O próprio Schirato (2016, p. 255) se inclui na segunda corrente, afirmando que, no setor elétrico, “há atividades submetidas ao regime de serviço público e atividades não sujeitas a esse regime, simplesmente reguladas pela União Federal.”⁷

De fato, o setor elétrico brasileiro contempla regimes jurídicos diversos e normas regulatórias específicas para cada serviço que o integra. Em razão dessa pluralidade de regimes, e da complexidade que lhes é intrínseca, a exposição a seguir limita-se ao serviço de distribuição, sobre o qual recai o foco deste trabalho. Não significa dizer que as demais atividades prescindem de uma preocupação com a integridade. Apenas, contudo, optou-se por um recorte sobre a distribuição.

(b) Estruturação econômica do serviço de distribuição de energia elétrica

A distribuição e a transmissão caracterizam-se pelo transporte da energia produzida pelas fontes geradoras até o consumidor final por meio de uma rede instalada. O que diferencia ambos os serviços é a tensão da energia transportada. Enquanto a transmissão equivale ao transporte de energia em alta tensão, compondo uma rede interconectada que no Brasil é denominada de Sistema Interligado Nacional – SIN, a distribuição destina-se a fornecer energia em média e baixa tensões até as unidades consumidoras finais. A distribuição

⁵ A relevância dos serviços de energia se reflete ainda no fato de que a Constituição não se limitou a dispor apenas sobre a competência material acerca da prestação dos serviços. A Constituição dispõe também sobre o regime de bens, ao prever que os potenciais de geração de energia hidráulica são considerados bens públicos da União (art. 20, VIII), e sobre a competência legislativa, ao estabelecer que a União detém competência privativa para legislar sobre águas e energia elétrica (art. 22, VI).

⁶ É o que se depreende do *caput* do art. 1º do Decreto Federal nº 2.655/1998: “ 1º A exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, as quais serão desenvolvidas na conformidade da legislação específica e do disposto neste regulamento.”

⁷ Em sentido semelhante, destaca-se o entendimento de Diogo Albaneze Gomes Ribeiro (2017, pp. 121-122), que conclui pela existência de diversos regimes jurídicos para a exploração dos serviços de energia elétrica.

pressupõe, assim, grande capilaridade de rede para assegurar o fornecimento de energia em condições adequadas⁸.

Sob o aspecto econômico, a característica mais relevante do serviço de distribuição, no modelo regulatório vigente, é a sua prestação em regime de monopólio natural⁹. Entende-se que o referido serviço comporta significativos ganhos de escala e escopo, sob a premissa de que um único prestador tem condições de ofertá-lo em determinada localidade a custos menores em comparação à prestação do mesmo serviço, na mesma localidade, por mais de um agente econômico (Hochstetler, 1998, p. 45).

Nota-se, assim, que o serviço de distribuição (e também o de transmissão) se diferencia estruturalmente do serviço de geração, que no modelo vigente é explorado em regime de competição¹⁰. Essa diferenciação tem origem na reforma do setor elétrico iniciada na década de 1990 no Brasil¹¹, que visou ampliar a competitividade e a eficiência do setor (Melo, 2014, p. 57) por meio da desintegração vertical¹² da cadeia produtiva de energia elétrica, distinguindo os serviços que deveriam ser prestados em regime de monopólio dos serviços suscetíveis de serem prestados em regime de competição¹³.

O modelo introduzido viabilizou a segmentação das atividades do setor e suas respectivas explorações por agentes econômicos distintos e em regimes jurídicos e condições econômicas próprias, estabelecendo-se um ambiente concorrencial para a geração e para a comercialização de energia e um ambiente de monopólio para a transmissão e para a distribuição de energia.

⁸ A transmissão e a distribuição transportam a energia das fontes geradoras até os consumidores finais. A transmissão além disto tem uma função adicional no sentido de proporcionar a operação ótima das fontes geradoras, pela transferência de grandes blocos de energia de uma região a outra. É comum no Brasil, por exemplo, no caso de abundância de energia no norte do país e escassez no sul, se transferir esta energia através do SIN. Fazendo uma analogia com o sistema circulatório humano, a transmissão corresponde às artérias e a distribuição às veias; com o sistema de abastecimento de água, a transmissão corresponderia às adutoras e a distribuição às redes locais de distribuição e, no sistema de transporte, a transmissão seria correspondente às "free-ways", enquanto a distribuição seria correspondente às estradas regionais e locais. Assim, a transmissão é caracterizada pelas instalações que operam em extra-alta ou alta tensão, igual ou superior a 230KV, e a distribuição é caracterizada pelas instalações que operam em alta tensão (138 KV ,69 KV), média tensão (34,5 KV, 13,8 KV) e baixa tensão(380, 220, 127 V).

⁹ Adriano Pires e Leonardo Campos Filho (2002, p. 282) explicam o conceito de monopólio natural: "uma situação de monopólio natural se manifesta quando uma única firma minimiza os custos de suprir todo o mercado. O exemplo clássico é o de uma firma com um único produto e uma curva de custo marginal decrescente ao longo de toda demanda. A presença de economias de escala desta ordem de magnitude é condição suficiente, porém não necessária para a manutenção de monopólio natural. E sua ocorrência é definida formalmente pelo conceito da subatividade da curva de custo total."

¹⁰ No setor elétrico, na geração e comercialização se compete no mercado, ao passo que na transmissão e na distribuição a competição se dá pelo mercado.

¹¹ Para uma exposição detalhada da reforma do setor elétrico indica-se o trabalho de Carolina Queiroz Pereira Dantas de Melo (2014).

¹² Sobre a caracterização de estrutura produtiva verticalizada, destacam Adriano Pires e Leonardo Campos Filho (2002, p. 285): "em uma estrutura da indústria verticalizada, o prestador de serviços de rede, que atua sob um regime de monopólio, dispõe de incentivos para negar, retardar, restringir ou mesmo elevar o custo do acesso de terceiros, visando limitar a competição e capturar lucros anormais na atividade potencialmente competitiva. Ao inibir o desenvolvimento da concorrência no segmento competitivo, o monopolista também restringe a expansão dos rivais mais prováveis de adentrar – através da inovação tecnológica ou de uma entrada seletiva – na parcela de mercado caracterizada por monopólio natural."

¹³ A reforma foi concretizada especialmente pelas Leis Federais nº 9.074/1995 e 9.648/1998, complementadas em seguida pelas Leis Federais nº 10.847/2004 e 10.848/2004. Particularmente, a Lei Federal nº 10.848/2004 deu nova redação ao artigo 4º, §5º, da Lei Federal nº 9.074/1995, proibindo as distribuidoras que atuam no SIN de prestar os serviços de geração, transmissão e, parcialmente, de comercialização. Por sua vez, o Decreto Federal nº 5.163/2004 impôs às distribuidoras a necessária separação entre os contratos de utilização de rede e fornecimento de eletricidade.

Contudo, se por um lado monopólios podem oferecer ganhos econômicos de escala e escopo, de outro cria-se o risco de haver distorções econômicas relevantes. No ambiente monopolizado, a concorrência é insuficiente para regular os preços dos bens e serviços, pois não existem condições que permitam a sustentabilidade da concorrência entre agentes econômicos (Instituto Acende Brasil, 2011, pp. 3 e 4). O monopólio permite, por conseguinte, a adoção de práticas abusivas por aqueles que detêm o controle da cadeia produtiva do bem ou serviço prestado.

No caso específico da distribuição de energia, eventuais distorções são ainda mais sensíveis pelo fato de se tratar de serviço relacionado a bem de consumo essencial, com demanda constante e que se destina majoritariamente a consumidores que não dispõem de formas alternativas de suprimento do bem.

É que os serviços de energia no Brasil são comercializados de duas formas: no Ambiente de Contratação Livre (ACL) e no Ambiente de Contratação Regulada (ACR)¹⁴. Conforme dispõe o Decreto Federal nº 5.163/2004, o ACL corresponde ao segmento de mercado no qual se realizam operações de compra e venda de energia elétrica por contratos bilaterais livremente negociados. Já o ACR corresponde ao segmento do mercado no qual se realizam operações de compra e venda de energia entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas, como regra, de licitação.

As distribuidoras atuam no ACR comprando a energia que será por elas distribuída e destinada aos consumidores que não atuam no ambiente livre e que, portanto, não possuem prerrogativa de negociar preços ou escolher a distribuidora que lhes fornecerá a energia demandada. Tais consumidores são classificados como consumidores cativos, os quais somente podem adquirir energia das distribuidoras que prestam os serviços nos locais onde esses consumidores encontram-se instalados¹⁵.

Feita esta breve exposição, observa-se que a distribuição possui papel indispensável na cadeia de produção do setor elétrico, enquanto, paralelamente, apresenta grande potencial de ter sua exploração dominada por agentes econômicos, implicando risco de distorções na fixação dos preços e a consequente imposição de ônus financeiro desmesurado aos consumidores finais.

¹⁴ No ACL, as unidades consumidoras de maior porte (>2.000KW para comercialização de qualquer tipo de energia e >500KW para fontes alternativas incentivadas) negociam livremente suas compras de energia com agentes geradores ou comercializadores. São poucas unidades consumidoras (unidades de consumidores livres), mas com um significativo nível de consumo (cerca de 30% do total do mercado). No caso, as distribuidoras prestam os serviços de transporte de energia para as unidades consumidoras localizadas em sua área de concessão. No ACR, a compra de energia em grosso para atender os consumidores não livres, chamados de cativos, é feita pelas distribuidoras através de leilões organizados pelo MME/ANEEL/EPE/CCEE. Ou seja, neste caso, as distribuidoras, além do transporte de energia, fornecem a energia requerida pelas suas unidades consumidoras cativas. Deve-se ressaltar que o Congresso Nacional está analisando Projeto de Lei que, entre outros pontos, delibera pela gradativa abertura de todo o mercado, ou seja transformando todas as unidades consumidoras como livres.

¹⁵ É importante deixar claro que as distribuidoras de energia atuam tanto em relação aos consumidores cativos quanto em relação aos consumidores livres. Em relação aos consumidores cativos, as distribuidoras são responsáveis por fornecer efetivamente a energia, ou seja, os consumidores cativos compram a energia das próprias distribuidoras, que possuem exclusividade da venda de energia aos consumidores cativos instalados na sua zona geográfica de atuação. Em relação aos consumidores livres, a atuação das distribuidoras se limita ao transporte da energia, já que a compra é feita por meio de operação bilateral no ACL.

Por essas razões, e com a finalidade de garantir o atendimento ao interesse público, o serviço de distribuição de energia elétrica conta com grande intervenção estatal, partindo da própria definição do seu regime de exploração, até a incidência significativa de normas regulatórias setoriais na sua prestação.

(c) Breve panorama do regime jurídico de exploração e regulação do serviço de distribuição de energia elétrica

A distribuição de energia elétrica no Brasil é qualificada como serviço público, submetido ao regime do art. 175 da Constituição (Santiago Junior, 2010, p. 52; Schirato, 2016, p. 273; Ribeiro, 2017, p. 120). Enquanto tal, sua exploração depende de outorga de concessão de serviço público pelo Poder Concedente, nos termos da Lei Federal nº 8.987/1995¹⁶.

Considerando a prestação em monopólio, a União estrutura as licitações das concessões de distribuição de energia elétrica de acordo com áreas geográficas específicas e previamente determinadas. Em cada área, a concessionária titular possui exclusividade no fornecimento de energia para os consumidores cativos e a obrigação de realizar os investimentos e operar as instalações necessárias à prestação do serviço. Não obstante, as concessionárias são obrigadas ainda a assegurar acesso às redes de distribuição também aos consumidores livres, que adquirem energia no ambiente livre de contratação diretamente dos comercializadores.

A utilização das redes de distribuição pelas duas categorias de consumidores é refletida na remuneração das concessionárias. De fato, as distribuidoras são remuneradas pela tarifa de fornecimento de energia elétrica (Tarifa de Energia – TE), paga pelos consumidores cativos, e pela tarifa de uso do sistema de distribuição (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD), paga pelos consumidores livres que, embora não adquiram a energia das distribuidoras, utilizam o sistema de distribuição para receber a energia por eles adquirida dos comercializadores no ambiente livre (Schirato, 2016, p. 120).

As tarifas cobradas pelas distribuidoras, bem como as condições de prestação dos serviços, são estritamente reguladas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia instituída sob regime especial, que tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, nos termos da Lei Federal nº 9.427/1996.

Em relação aos serviços de distribuição, a ANEEL é o ente responsável por promover, mediante delegação, com base em diretrizes e planejamento aprovados pelo Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação das distribuidoras. Além disso, a ANEEL tem o dever de estabelecer as metas a serem periodicamente alcançadas pelas distribuidoras, com o

¹⁶ Há exceções quanto à delegação do serviço de distribuição por meio de concessão, conforme art. 23 da Lei Federal nº 9.074/1995. No caso das cooperativas de eletrificação rural, que adquirem energia de um fornecedor para distribuí-la e rateá-la entre os cooperados, a exploração do serviço se dá por meio de autorização. Para as cooperativas que, neste cenário, acabaram se expandindo inclusive para consumidores não cooperados e em áreas urbanas não contempladas pelas concessionárias distribuidoras, a exploração é feita por meio de permissão. Dada a excepcionalidade dessas hipóteses, elas não são abordadas em detalhe neste trabalho.

objetivo de promover a universalização do serviço¹⁷, bem como definir os mecanismos de regulação e fiscalização¹⁸ para o atendimento à totalidade do mercado de cada distribuidora¹⁹.

No contexto atual, a Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, contempla as regras mais representativas da regulação do serviço de distribuição. Entre outros aspectos técnicos relativos à prestação do serviço, a Resolução traz a regulação geral das tarifas cobradas pelas distribuidoras e veda expressamente a prática de valores acima daqueles homologados pela agência²⁰.

Particularmente, para a adequada compreensão da regulação tarifária, é importante esclarecer, ainda que brevemente, a composição das tarifas das distribuidoras de energia²¹. No modelo vigente, a tarifa é composta por duas parcelas, denominadas Parcela A e a Parcela B. A "Parcela A" contempla os custos não gerenciáveis pelas distribuidoras, referentes a encargos setoriais e custos com a geração e o transporte da energia, que são repassados pelas geradoras e transmissoras às distribuidoras²². A "Parcela B", por sua vez, contempla custos gerenciáveis pelas concessionárias, referentes a despesas de operação e despesas de capital. As despesas de operação referem-se aos gastos com a manutenção e operação dos sistemas (materiais, serviços, pessoal, seguros etc.). As despesas de capital referem-se a investimentos em ativos das concessionárias (subestações, linhas de transmissão, veículos, estrutura administrativa etc.) e compõem a base de remuneração das concessionárias, que devem amortizar os investimentos, a longo prazo, a fim de receber o retorno projetado para cada concessão.

O destaque dos custos que são gerenciáveis pelas distribuidoras é essencial para a regulação tarifária, pois a intervenção regulatória tem o objetivo não só de conter eventuais abusos econômicos, como avaliar e exigir a eficiência na prestação dos serviços, que está intrinsecamente relacionada ao gerenciamento de custos do serviço. A tarifa deve remunerar adequadamente os investimentos prudentes e serviços essenciais de distribuição. Muitas crises no setor foram provocadas por contenção de tarifas, com o intuito de contenção da inflação.

¹⁷ Originariamente, o planejamento da universalização dos serviços de energia elétrica era regido pela Resolução ANEEL nº 223/2003, que estabelecia as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica pelas distribuidoras. Posteriormente, em especial após a instituição do Programa Luz Para Todos, a regulamentação foi sendo revisada por diversos atos normativos da ANEEL, com destaque para as Resoluções Normativas nº 175/2005, 488/2012, 493/2012 e 563/2013.

¹⁸ São definidos também indicadores de qualidade de fornecimento (duração e frequência de interrupção a consumidores, limites de variação da tensão de fornecimento, etc), qualidade do atendimento comercial (prazos de atendimento a serviços e reclamações, prazo de obras, qualidade de fornecimento), níveis de perdas técnicas e comerciais e outros.

¹⁹ Sob este aspecto, destacam-se os Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, aprovados por Resoluções da ANEEL, destinados a normatizar e padronizar as atividades técnicas relacionadas ao funcionamento e desempenho dos sistemas de distribuição.

²⁰ Conforme art. 53-A da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010.

²¹ A regulação das tarifas de energia é bastante complexa e não é passível de ser detalhadamente explorada neste trabalho. Para uma exposição mais completa, recomenda-se mais uma vez o trabalho de Dantas de Melo (2014). Para uma exposição mais didática e objetiva, recomenda-se a leitura da edição nº 3 dos White Papers elaborados pelo Instituto Acende Brasil (2011).

²² Com os impostos incluídos, a Parcela A corresponde a cerca de 80% do valor total e a Parcela B (parcela que fica com as distribuidoras) a 20%. Assim, as distribuidoras são as grandes "caixas" do setor elétrico e autênticas "coletoras" para o Governo.

Sob o paradigma da busca pela eficiência, o modelo regulatório vigente submete as tarifas cobradas pelas distribuidoras ao modelo de preço-teto, ou *price cap*. O modelo, em linhas gerais, parte da formulação de uma estimativa prévia do preço da tarifa, transferindo à concessionária o ônus da obtenção de lucro por meio da redução dos seus próprios custos na prestação dos serviços²³. A regulação por preço-teto, assim, visa transferir à concessionária um risco relacionado diretamente à prestação eficiente do serviço, conferindo incentivo econômico à distribuidora para obter ganhos de produtividade e que podem ser mais adequadamente refletidos na tarifa por meio de revisões tarifárias periódicas.

Usualmente, os modelos concretos baseados no *price cap* adotam, de antemão, o cálculo de um “Fator X” nas revisões tarifárias, que devem ocorrer de forma periódica. O Fator X é o instrumento que permite a redução do lucro que normalmente, em um cenário sem regulação, a concessionária obteria ao final do ciclo tarifário. Isto porque o Fator X possibilita o abatimento de uma parcela dos ganhos de produtividade obtidos ao final do período compreendido pela revisão tarifária, assegurando o compartilhamento desses ganhos com os usuários, privilegiando a modicidade tarifária.

A partir dessa sistemática, fica evidente que a transparência e o intercâmbio de informações entre as concessionárias de distribuição e a ANEEL são fundamentais para a definição dos valores tarifários e a avaliação da eficiência do serviço.

Entretanto, seja sob ponto de vista técnico, seja sob a ótica dos aspectos econômicos, a intensa regulação dos serviços de distribuição implica tensões constantes entre o regulador e as concessionárias, as quais impõem desafios para a definição de normas regulatórias eficientes e padrões de conduta adequados às concessionárias que sejam capazes de viabilizar o intercâmbio transparente, objetivo e íntegro de informações entre os agentes econômicos do setor.

Tensões entre agentes econômicos e o regulador: riscos de práticas abusivas e captura do regulador pelos agentes econômicos

Durante o processo de intensa privatização vivido no Brasil na década de 1990, sustentou-se a necessidade de criação de estruturas regulatórias para garantir a adequada prestação de serviços públicos. À época, a instituição de entidades reguladoras independentes, com maior autonomia em relação ao Poder Concedente, foi justificada pela necessidade de redução do risco de decisões politicamente influenciadas e de criação de corpo técnico especializado para acompanhamento do avanço tecnológico, viabilizando a fiscalização de setores de infraestrutura de relevante interesse público (Garcia, 2019, p. 73).

²³ “A regulação por preço-teto (*price cap*) [...] caracteriza-se como uma regulação *ex ante*, porque a definição do preço ocorre na RTP [revisão tarifária periódica] antes que a empresa incorra efetivamente nos custos, a partir de uma parametrização de custos eficientes. Além disso, a regulação por preço-teto conta com o Fator X, por meio do qual se busca impor à concessionária o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários, em benefício da modicidade tarifária.” (GAMELL; PRADO, 2019, p. 255).

O regulador, sob esse prisma, é concebido como ente responsável por manter o equilíbrio entre os interesses dos agentes públicos e privados, prezando pela eficiência na prestação dos serviços públicos (Marques Neto, 2009, p. 34). Nas palavras de Flávio Amaral Garcia (2019, p. 77), a missão do regulador é “interpretar tecnicamente o conceito de eficiência, que em matéria de serviços públicos, abrange a tradução dos elementos concretizadores e densificadores dos princípios da generalidade, cortesia, regularidade, segurança, continuidade e atualidade”, previstos no art. 6º da Lei Federal nº 8.987/1995.

A relação entre o regulador e as concessionárias, porém, é carregada de tensões. Um dos fatores que melhor explica esse contexto é a assimetria de informação. A assimetria de informação diz respeito ao nível de conhecimento que cada agente econômico possui em relação a determinado processo produtivo e que é fundamental para a tomada de decisão no âmbito desse processo. O regulador procura reduzir esta assimetria colocando previamente em audiência pública ou consulta pública as minutas das principais normas e notas técnicas. São ouvidos, entre outros, as empresas, instituições e agentes com interesses diversos, todos com elevado grau de informação.

O novo marco legal das agências reguladoras, a Lei Federal nº 13.848/2019, reforça a necessidade da vigília e participação social sobre as ações do poder público²⁴. O artigo 9º da Lei estabelece a necessidade de ser realizada consulta pública das minutas e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos, consumidores ou usuários de serviços públicos, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada.

Ao assim ordenar, a Lei Federal nº 13.848/2019 deu passo adiante do que já prescrevia o artigo 29 da Lei Federal nº 13.655/2018²⁵, já aclamada por ter diagnosticado a participação coletiva na feitura de atos de cunho geral como algo recomendável. A Lei das agências avança, e reveste a função normativa da Administração de lastro democrático, ao determinar a consulta, ao passo que a Lei Federal nº 13.655/2018, Lei geral que é, apenas a faculta, remetendo ao gestor a análise da conveniência da medida no caso concreto.

A isso se soma o fato de que o artigo 6º da mesma Lei Federal nº 13.848/2019 prevê que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral serão, nos termos do regulamento, precedidos de análise de impacto regulatório (AIR) que dirá sobre os possíveis efeitos do ato pretendido.

E na linha de incrementar a transparência do processo decisório, o art. 8º da Lei Federal nº 13.848/2019 prevê que as reuniões dos conselhos diretores e diretorias colegiadas das agências devem ser públicas, gravadas e disponibilizadas aos interessados em sítio na internet.

Percebe-se, assim, que a Lei Federal nº 13.848/2019 objetiva tornar as agências reguladoras em entes permeáveis à participação externa, com a consagração de mecanismos

²⁴ Este tema foi previamente abordado de forma mais detalhada em outra oportunidade pelos autores Cristiana Fortini e Gabriel Fajardo (2019).

²⁵ “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”

próprios a este fim, como as consultas e audiências públicas, além de dar maior transparência e publicidade de seus atos. A Lei está em sintonia com a Lei Federal nº 9.784/1999. O artigo 4 da Lei Federal nº 13.848/2019 repete o que já exige o inciso VI do parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/1999, quanto à adequação de meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior à necessária ao atendimento do interesse público. O princípio da motivação, referenciado no caput do artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/1999, bem como no inciso VII do seu parágrafo único, é repetido, com o realce para que inclusive decisões sobre emitir ou não atos normativos sejam justificadas.

Ademais, o §3º do art. 3º aborda a necessidade de regras de gestão de riscos e controle interno, além de fazer referência a um programa de integridade que há de ser desenvolvido com o propósito de prevenir, detectar, punir e remediar fraudes e atos de corrupção.

Em paralelo, é usual que os agentes que possuem maior domínio das informações sejam aqueles que estão profissional e diretamente relacionados ao processo produtivo. Para esses agentes, o domínio do conhecimento é instrumento indispensável para a determinação da sua capacidade produtiva, seja para considerar aspectos da tecnologia a ser empregada, das estratégias de comunicação e competitividade a serem implementadas, seja para definir preços mais adequados e avaliar custos de forma precisa. Por conseguinte, é natural que a informação, ela própria, acabe por integrar a cadeia produtiva como bem econômico de segundo grau, já que o seu domínio permite a obtenção de vantagens econômicas significativas (Justen Filho, 2002, p. 35).

Tais vantagens, todavia, podem se intensificar a tal ponto que deixam de ser práticas economicamente sustentáveis e permitidas pelo ordenamento jurídico para se transformarem em condutas abusivas, ilegítimas e que violam os direitos dos usuários finais. Sem que o Estado tenha conhecimento das informações que viabilizam essas práticas, contudo, a própria identificação da conduta e sua caracterização como abusiva podem tornar-se tarefa de difícil execução por órgãos de controle.

A regulação de um serviço público se propõe, assim, a mitigar as assimetrias de informação existentes entre Poder Concedente, concessionária e usuários, considerando especialmente a atuação da concessionária, já que ela é o agente econômico que se preocupa exclusivamente em prestar o serviço, equipando-se com estruturas e pessoal técnico que, usualmente, lhe dão vantagem em relação ao domínio de informações da cadeia produtiva. Em outras palavras, a intervenção regulatória é o instrumento do qual dispõe o Poder Concedente para promover a difusão das informações, evitando a sua concentração em um único ou poucos agentes econômicos.

Por outro lado, não se pode ignorar, como bem explicado por Marçal Justen Filho (2002, p. 36), que as assimetrias de informações atingem o próprio Estado, e, às vezes, de modo tão relevante, que sequer os próprios entes reguladores têm conhecimento de informações que lhe permitam definir os modelos regulatórios mais adequados.

Por tais razões, especialmente em ambientes de monopólio natural, como é o dos serviços de distribuição de energia elétrica, a atividade de regulação deve ser embasada sobre um princípio de revelação (Laffont, 2001, p. 2). De acordo com esse princípio, cada instrumento

de intervenção regulatória é equivalente a um mecanismo de revelação, estruturado para estimular a divulgação de informações objetivas e verdadeiras por parte do agente econômico que detém o monopólio. A partir dessas informações, o regulador reduz a assimetria e, em tese, mantém condições de estabelecer um modelo regulatório que seja mais adequado para cada caso concreto.

Sobre a fiscalização de informações e a sua divulgação aos usuários, Fernando Antonio Santiago Júnior (2010, p. 170) deixa clara a relevância do dever da ANEEL em relação à fiscalização do setor elétrico, em especial das distribuidoras: “[...] a prática revela que a missão de fiscalização da ANEEL é voltada para a melhoria da performance das empresas do setor elétrico – principalmente as de distribuição de eletricidade – e para a informação aos consumidores cativos.”

Não obstante, é preciso levar em conta que a regulação é um processo constante, que deve manter-se atualizado em relação ao serviço público. Se a própria legislação impõe a atualidade como princípio essencial do serviço, é natural que a regulação tenha que acompanhar o desenvolvimento técnico dos aspectos relacionados ao setor, o que é ainda mais amplificado no setor elétrico, no qual o avanço da tecnologia nos últimos anos tem sido notável. Caso contrário, existe o risco de verificar-se a captura do regulador pelo regulado, de modo que a atuação estatal passe a ser utilizada em benefício dos interesses dos próprios agentes econômicos privados.

Na tradicional nomenclatura de Marver Hillel Bernstein (1955, p. 88), utilizada para explicar a teoria da captura das agências reguladoras, no momento em que uma agência atinge sua “senilidade”²⁶, existe o risco de que ela se distancie de seus propósitos iniciais, pois elas se tornam exageradamente dependentes das informações providas pelos regulados, sem que tenham parâmetros para avaliar a precisão ou veracidade dessas informações. Ao final desse processo, os interesses do regulado e do regulador se confundem, refletindo o controle dos agentes econômicos na própria intervenção regulatória e a passividade do regulador em face da busca pelo atendimento ao interesse público.

Neste particular, cumpre notar que a captura de agências reguladoras pode se dar por atos conscientes ou mesmo em cenários nos quais a própria dinâmica do setor produtivo e a assimetria de informações geram uma captura “passiva” do regulador, decorrente da grande interação e familiaridade que acaba por envolver as relações entre as agências reguladoras e as concessionárias de serviço público. Sobre o tema, destaca-se o entendimento bastante ilustrativo de Marçal Justen Filho:

Observe-se que o fenômeno da captura não se relaciona necessariamente com manifestações de corrupção num sentido próprio e estrito. É perfeitamente possível que a captura se processe de modo inconsciente, sem envolver transações indevidas ou outorga de vantagens reprováveis para os servidores

²⁶ Em sua exposição, Bernstein (1995) traça uma analogia do desenvolvimento das agências reguladoras para descrever um “ciclo de vida”, que se inicia na “gestação” da agência, passando por sua “juventude” e pela “maturidade”, para finalmente alcançar sua “senilidade”. Cada uma dessas etapas é caracterizada por processos de atuação específicos no entendimento do autor. Nas duas últimas etapas é que se concretizariam maiores oportunidades de captura da agência propriamente dita.

estatais. Poderia aludir-se a uma espécie de comunhão cognitiva ou identidade de experiências, vinculando profissionais de áreas técnico-científicas determinadas. Os integrantes das agências e os profissionais do setor privado compartilham vivências e dificuldades comuns, o que pode produzir um processo dialético de identificação. Em última análise, a agência tem contatos muito mais próximos, de modo permanente, com as indústrias reguladas. (Justen Filho, 2002, p. 371)

A preocupação sobre as interações e eventuais promiscuidades entre agentes públicos e privados, como se vê, não se restringe a relações políticas²⁷, criando tensões inclusive nas relações entre agentes que atuam na prestação e regulação de serviços públicos. Não por acaso, alterações recentes da legislação brasileira para prevenção e combate à corrupção e também para determinação de parâmetros de integridade na atuação de agentes econômicos privados perante o Estado foram acompanhadas por alterações específicas nos setores regulados.

Especificamente em relação aos serviços de distribuição, a ANEEL tem demonstrado preocupação com o tema, o que se reflete na imposição de normas que buscam privilegiar a transparência nas relações, a publicidade de informações e o estímulo à adoção de padrões de governança e integridade às distribuidoras, conforme analisado a seguir.

Compliance nos serviços de distribuição de energia elétrica

(a) Origem e fortalecimento do instituto do compliance

A associação mais recorrente do compliance no Brasil é com o advento da Lei Federal nº 12.846/2013, incumbida da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira²⁸.

Sem dúvidas, a legislação anticorrupção, fruto de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, mas cuja edição fora acelerada como resposta ao clamor popular que reclamava uma resposta estatal na temática, jogou luz à integridade. Atribuir, contudo, à Lei Federal nº 12.846/2013 o efetivo fomento à implementação de programas de integridade parece ser equivocado.

Ao procurar estimular – ao menos em tentativa – um ambiente probó nas relações público-privadas, a Lei Anticorrupção intentou-se a trazer os programas de integridade como um dos parâmetros na aplicação das penalidades previstas na responsabilização administrativa das pessoas jurídicas. É dizer: em um movimento contido, a Lei balizou o

²⁷ Neste sentido: “Mas cumpre não olvidarmos que este Mercado também é, em muitas vezes, protagonista ativo dos cenários corruptivos que se constituem, não podendo ficar exclusivamente nas costas do Estado e seus órgãos administrativos tal responsabilidade”. (Leal, 2018. p. 473)

²⁸ É importante registrar, contudo, que a Lei Anticorrupção não inaugurou preocupação com os mecanismos de controle das companhias. Veja-se, como exemplo, o que já dispunha a Lei das Sociedade por Ações: “Art. 116. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

exercício punitivo estatal a partir do estabelecimento de parâmetros para as sanções, dentre os quais se incluiu, ao lado da gravidade da infração, ou o grau de lesão ou perigo de lesão, por exemplo, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”, nos termos do inciso VIII do art. 7º da Lei Federal nº 12.846/2013.

O Decreto Federal nº 8.420/2015 regulamentou a matéria, assim definindo o programa de integridade como o “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, nos termos do art. 41.

A intenção do legislador, contudo, não foi de estimular positivamente a implementação de tais programas, uma vez que apenas se atenuaria a sanção pecuniária para aqueles que já tivessem referidos mecanismos de controle. Ou seja: não há, no diploma legal, qualquer incentivo à adoção, criação e efetiva instituição dos mecanismos de *compliance* a partir da identificação dos ilícitos taxativamente definidos no diploma.

O mesmo se diga em relação aos acordos de leniência: isto é, na celebração de tais acordos, não há, ao menos sob o ponto de vista do diploma anticorrupção, a necessidade de se contratualizar a obrigação do leniente em instituir programas de integridade, uma vez já identificada a ocorrência dos atos definidos como ensejadores da reprimenda estatal (os quais podem ter ocorrido, inclusive, pela inexistência de regras de conformidade).

À regulação setorial, contudo, poderá caber a aplicação de incentivos positivos na estruturação de tais programas, que buscam mais do que a reprimenda estatal, mas sim a estruturação de um verdadeiro programa de prevenção. A interação, afinal, que se dará a partir de relações contratuais travadas entre a Administração Pública e particulares deverá ser acurada em toda sua estrutura, tanto nos fundamentos e disposições contratuais quanto na própria governança de ambas as partes.

(b) Especificidades das distribuidoras de energia elétrica

(b1) Natureza jurídica das distribuidoras de energia elétrica

A efusão da criação de empresas estatais para prestação de serviços públicos, em um contexto de um Estado-providência, fez surgir, no Brasil, grande parte das distribuidoras de energia elétrica existentes da primeira metade até o fechar do século XX. Eram, portanto, empresas sob as quais o Estado tinha o controle acionário e que prestavam os serviços de transmissão, geração e distribuição sem qualquer regime de concorrência pelo mercado.

O alargamento das funções da Administração Pública, tanto em sua estrutura quanto nos campos de atividade, fez multiplicar o surgimento de empresas públicas e sociedades de

economia mista, privilegiando-se uma burocracia prestacional (Medauar, 2017, p. 147) que acreditava ter que haver o desempenho direto de serviços públicos, aliada à profunda e expansiva intervenção na economia.

No entanto, introduzindo reestruturações significativas, a década de 80, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, prospectava um futuro irrenunciável, marcado pela imperatividade de realização de reformas, acompanhando a tendência que já havia se disseminado pelo mundo. Seriam duas as causas desta insurgência: a um, a situação de crise, que constatava que “a Constituição Federal atribuiu competência ao Poder Público que ele não tem condições de cumprir contento”; a dois, a busca por inovações, de forma a permitir ao Estado “lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe são afetos” (Di Pietro, 2017, p. 54).

Assim foi que a década de 90 no Brasil é marcada por reformas administrativas pautadas pela ideia de que o Estado devia focar-se em atividades que efetivamente demandavam sua atuação, deslocando para atores privados o que se revelasse possível e conveniente (Fajardo; Fortini, 2018, p. 420). As alterações estruturais focaram-se tanto na diminuição das empresas estatais, através de processos de privatização, quanto na realização de concessões de serviços públicos, que delegavam à iniciativa privada o exercício de atividades antes exercidas diretamente pelo Estado.

Houve uma reversão no processo estatizante, procurando reposicionar o papel do Estado inclusive no setor de energia, de forma a transmutar seu papel prestacional à assunção de um verdadeiro exercício de regulação. Data dessa época a criação da Agência Reguladora de Energia Elétrica, a ANEEL, através da Lei Federal nº 9.427/1996.

O resultado desses movimentos pendulares nas relações público-privadas é a ambivalência da natureza jurídica das distribuidoras de energia elétrica hoje no país: embora a grande maioria seja de empresas privadas, há ainda verdadeiras empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a exemplo da CEMIG, em Minas Gerais, e da Copel, no Paraná, e, claro, a Eletrobrás, a maior concessionária do Brasil e uma das maiores do mundo.

Apesar de todas elas, independente da natureza jurídica, serem delegatárias, imiscuídas no dever de prestar o referido serviço público, a maior ou menor proximidade do regime jurídico publicístico reclamará tratamento específico na análise de seus programas de integridade.

Basta lembrar que a recente Lei das Estatais – Lei Federal nº 13.303/2016 – trouxe disposições específicas aplicáveis a tais empresas, incluindo uma preocupação em instituir práticas de governança corporativa.

(b2) Concessionárias contratadas sem licitação

Como dito, os contratos firmados entre a ANEEL e as distribuidoras de energia elétrica são verdadeiros contratos de concessão, reclamando a incidência das normas da Lei Federal nº 8.987/1995. Embora a Constituição de 1998 tenha estabelecido, nos termos do já citado art. 175, a necessidade de prévia licitação para concessões e permissões de serviços públicos,

não se podia ignorar a existência de relações jurídicas anteriores entre o Poder Público e empresas responsáveis pela prestação de tais serviços.

Assim é que a Lei Federal nº 8.987/1995 procurou dar tratamento específico a estes casos: consideraram-se válidas as concessões vigentes à data de vigência do diploma, à exceção daquelas que tivessem sido outorgadas sem licitação a partir da edição da Constituição de 1988. Muitos destes contratos, datados de longo prazo, portanto, a fim de garantir a amortização de investimentos realizados, espalharam-se pelo tempo, sem qualquer submissão ao regime de competição, próprio do ambiente licitatório.

Mais recentemente, com o término da previsão inicial destas avenças, a Lei Federal nº 12.783/2013 veio a autorizar a prorrogação dos contratos de distribuição de energia elétrica, admitindo-se o alargamento do prazo contratual por até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço, a modicidade tarifária e o atendimento a critérios de racionalidade operacional e econômica²⁹.

A discussão travada, centrada no dever de se licitar ou na conveniência da prorrogação contratual, ensejou a análise da matéria pelo Tribunal de Contas da União, que entendeu pela possibilidade da manutenção das concessões de distribuição vincendas, desde que amparadas em uma demonstração de vantajosidade de forte rigor técnico³⁰.

Com a prorrogação de tais concessões, passou-se a ser necessário olhar para estes contratos e para as estruturas internas das concessionárias de maneira açodada, evitando-se que práticas que faziam sentido antes mesmo da Constituição de 1988 fossem sendo reiteradas sem qualquer aderência às urgências do agora. Se a atualidade do serviço passou a ser importante para trazer novos indicadores para a apuração da qualidade da atividade regulada, o cuidado com a estruturação de um ambiente probo, de controles efetivos e com forte enfoque na integridade também ganhou importância.

O exercício regulatório, assim, foi chamado a olhar não apenas para o desempenho do serviço, mas também para a governança das concessionárias. O Decreto Federal nº 8.461/2015 veio a estabelecer parâmetros mínimos que deveriam constar na atualização dos contratos de concessão renovados, incumbindo a ANEEL de estabelecer minutas e práticas reguladoras em compasso com o fortalecimento de práticas de conformidade.

Os contratos de concessão ou os termos aditivos – no caso da grande maioria das distribuidoras de energia elétrica que tiveram seus contratos renovados – deveriam, assim, prever “diretrizes para o fortalecimento da governança corporativa”, além de outros parâmetros e critérios relacionados ao nível de qualidade do serviço e à robustez financeira das empresas³¹.

²⁹ São os termos do art. 7º da Lei nº 12.873/2013.

³⁰ “90. No tocante ao caso ora em análise, deve-se registrar que nenhuma das concessões de distribuição vincendas foi previamente licitada, a despeito de terem transcorridos 27 anos da edição da CF/88. Por esse motivo, resta evidente a necessidade de que eventuais prorrogações sejam devidamente fundamentadas por situação excepcional capaz de justificá-las, em detrimento da via licitatória, o que, conforme será demonstrado adiante, não foi evidenciado.”

³¹ “Art. 2º A Aneel definirá a minuta do contrato de concessão ou do termo aditivo que contemplará as condições previstas neste Decreto.

Parágrafo único. O contrato de concessão ou o termo aditivo deverão conter cláusulas que:

(b3) Compliance nas distribuidoras de energia

Dada a diversificada natureza jurídica das distribuidoras de energia elétrica no Brasil (ora empresas estatais ora entidades eminentemente privadas), os mecanismos de integridade de cada uma das companhias sofrem influxos distintos. Isto é, embora, como visto, haja determinação legal no sentido de serem previstas diretrizes para fortalecimento da governança corporativa daqueles que celebrarão contratos com a Administração Pública, as companhias estatais também sujeitar-se-ão à aplicação da Lei Federal nº 13.303/2016³². As empresas privadas, por outro lado, deverão observar o conteúdo mínimo dos atos normativos instituídos pela ANEEL.

A Resolução Normativa nº 787/2017, editada pela ANEEL, foi a responsável por regulamentar a avaliação da qualidade dos sistemas de governança corporativa a ser aplicada pelas distribuidoras de energia elétrica³³, sem realizar distinção entre as distribuidoras estatais ou privadas.

O Sistema de Governança é definido como “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle, e demais partes interessadas”.

Os eixos de análise de conformidade por parte da ANEEL estão centrados em cinco pilares: transparência³⁴, estrutura da alta administração³⁵, relação de propriedade e controle³⁶, controle interno e conformidade regulatória³⁷.

I - assegurem a sustentabilidade econômico-financeira das concessionárias e especifiquem diretrizes para o fortalecimento da governança corporativa e parâmetros mínimos de indicadores econômico-financeiros, inclusive de obrigação de aporte de capital por parte dos controladores; e

II - estabeleçam mecanismos visando à eficiência energética e à modernização das instalações.”

³² A própria Resolução Normativa nº 787/2017 dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mista aplicam-se adicionalmente os dispostos na Lei nº 13.303/2016. Importante ressaltar, ainda, que as estatais que sejam constituídas sob a forma de sociedade anônima deverão observar a Lei nº 6.404/1976.

³³ As renovações dos contratos de concessão de distribuidoras de energia elétrica, autorizadas pelo Tribunal de Contas, passaram a contar com a seguinte cláusula, nos respectivos termos aditivos: “CLÁUSULA OITAVA - GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA (...) Subcláusula Primeira – A DISTRIBUIDORA obriga-se a observar os parâmetros mínimos de governança e transparência definidos por regulação da ANEEL que, dentre outras, poderá compreender regras relacionadas à Administração, ao Conselho Fiscal, à Auditoria e à Conformidade, além de deveres regulatórios aos seus representantes e do alinhamento da política de remuneração dos Administradores à natureza de longo prazo do serviço público de distribuição.”

³⁴ São componentes da dimensão “transparência”: divulgação das políticas internas e dos regimentos dos órgãos e comitês; divulgação de relatórios prospectivos e das informações sobre os negócios da distribuidora; divulgação do funcionamento da Alta Administração e do Controle da distribuidora; divulgação da Carta Anual de Governança Corporativa; divulgação do Relatório Integrado ou de Sustentabilidade; divulgação do Relatório do Comitê de Auditoria, Estatutário ou não Estatutário; divulgação da política ou prática remuneratória e dos montantes globais da remuneração dos Administradores e Controllers.

³⁵ São componentes da dimensão “alta administração”: Política de Indicação ou requisitos mínimos para ser Administrador e Controller; Relatório de aderência da Proposta à Administração; Processo de avaliação anual da Alta Administração e dos Comitês de assessoramento; Vedação de acúmulo de cargos na Alta Administração da distribuidora; Regramento de prazo de mandato e reeleição para os membros do Conselho de Administração na distribuidora; Previsão estatutária do número de membros do Conselho de Administração na distribuidora; Previsão estatutária do percentual de membros independentes do Conselho de Administração na distribuidora; Existência de treinamento sistematizado aos Administradores, por ocasião da posse e anualmente na distribuidora; ; Política remuneratória da Alta Administração; Existência de Diretor Técnico e Diretor Financeiro exclusivos.

³⁶ São componentes da dimensão “Relação de Propriedade e Controle”: Compromisso de sigilo e de divulgação de atos e fatos relevantes e compromisso de aporte de capital pelo Controlador.

A governança corporativa não encerra o exercício do compliance. Traduz-se, em verdade, como uma série de mecanismos que busca trazer racionalidade e controle à entidade. Nesse sentido, uma das autoras já pontuou em outra oportunidade:

É possível responder de modo sintético que o programa de integridade (compliance), entendido como esforço institucional de observância e obediência às normas internas e externas pertinentes à atuação empresarial, integra a governança corporativa, relativa ao modo de gestão da empresa, na medida em que fortalece controles internos, mitiga riscos de desvios e de sanções e busca disseminar elevados padrões éticos, a serem atendidos por proprietários, gestores e empregados da entidade, em suas relações entre si e com terceiros. (Fortini; Sherman, 2016, p. 178)

É justamente nos mecanismos de controle interno, contudo, que estão previstos os instrumentos de conformidade a serem instituídos pelas distribuidoras de energia elétrica. As três linhas vetoriais de tais mecanismos são informadas pela: (i) ação dos administradores e colaboradores, por meio da implementação cotidiana de controles internos; (ii) função de compliance e riscos; e (iii) auditoria interna e comitê de auditoria, estatutário ou não estatutário.

Os componentes a serem avaliados, pela ANEEL, serão, neste caso, os mecanismos formais de controle; a formulação, divulgação e aplicação de código de conduta ou integridade; o treinamento dos colaboradores sobre o código de conduta ou integridade; a implantação da função compliance e riscos na distribuidora; a implantação da auditoria interna; a implantação do comitê de auditoria, estatutário ou não estatutário; elaboração e implementação da política de transações com partes relacionadas e, por fim, as atribuições específicas do conselho fiscal.

A Resolução preocupou-se em definir parâmetros adequados de aplicação efetiva dos mecanismos de conformidade. Afinal, verificar a mera existência formal de programas de integridade, sem aplicação prática e conforme à realidade da empresa, teria apenas o condão de diagnosticar uma situação fictícia.

Por isso, a Resolução determina a necessidade de, por exemplo, serem realizados treinamentos regulares com os colaboradores, com períodos mínimos de um ano entre cada um, além da implantação da função de compliance e riscos, com titular protegido por mecanismos de independência como, por exemplo, destituição apenas pelo conselho de administração.

³⁷ São componentes da dimensão “Conformidade regulatória”: Histórico de condenações definitivas em processos administrativos punitivos; Envio tempestivo dos indicadores de qualidade do serviço prestado pela distribuidora; Quantidade de dados de qualidade do serviço prestado pela distribuidora corrigidos; Distorção média do dado de qualidade do serviço prestado pela distribuidora; Tempo de correção médio dos indicadores de qualidade do serviço prestado pela distribuidora; Informações relativas à Base de Dados Geográfica da Distribuidora – BDGD; Envio tempestivo dos dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico do serviço prestado pela distribuidora; Quantidade de dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico alterados pela distribuidora; Distorção média dos dados alterados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico do serviço prestado pelas distribuidoras; Tempo médio de alteração dos dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico pela distribuidora.

Em uma análise comparativa com os parâmetros definidos pelo Decreto Federal nº 8.420/2015, a Resolução nº 787/2017 é mais arrojada, estipulando diretrizes claras, objetivas e com forte aderência prática.

Vale destacar, ainda, que também nos benefícios a Resolução nº 787/2017 avança em relação ao diploma anticorrupção: no lugar de um parâmetro de dosimetria para aplicação de sanção, inaugura-se um sistema de estímulo e recompensas para aquelas empresas que, ao final da avaliação dos mecanismos de governança, apresentarem nota destacável.

Neste ponto, aliás, ressalva-se que a ANEEL faz uma gradação realística: é dizer, sendo cada um dos eixos de avaliação um complexo de ações e diretrizes, a resolução diferencia as recompensas que poderão usufruir – de modos distintos – aquelas empresas que apresentam alto, médio ou insuficiente nível de governança.

Para as distribuidoras que tiverem alto nível de governança, por exemplo, dispensam-se a anuência prévia para a celebração de contratos com partes relacionadas; a desvinculação dos bens não enquadrados como inservíveis e a alteração de atos constitutivos. As dispensas, contudo, não significam que não se devam ser mantidos os procedimentos internos de verificação de conformidade, os quais devem ser inclusive documentados para possível fiscalização posterior pela agência.

Já para as empresas que apresentarem nível insuficiente de governança, estas serão incluídas em um programa de fiscalização e de monitoramento com a finalidade de promover melhorias contínuas para que sejam alcançadas, no mínimo, as metas regulatórias na prestação do serviço, a sustentabilidade econômica e financeira e a qualidade do sistema de governança. No mesmo sentido, a distribuidora deverá enviar à ANEEL, em prazo a ser definido pela fiscalização, um plano de reestruturação de sua governança corporativa com metas semestrais objetivando melhorar sua qualidade no sistema de governança.

Os benefícios gerados às empresas com alto nível de governança alinham-se a uma regulação por incentivos, própria dos setores monopolistas de energia elétrica (transmissão e geração). Contudo, é necessário reconhecer que, nestes casos, há uma indução exógena a uma estrutura que nem sempre seria organicamente incorporada pelas empresas.

Isto é: quando as forças de mercado atuam, em setores desregulados, a própria concorrência é indutora da adoção de estruturas de governança às empresas, que precisarão adotar as práticas mais eficientes (incluindo, aqui, portanto, a diminuição dos custos trazidos pelas práticas de corrupção, especialmente após o advento da Lei nº Federal 12.846/2013). Já no mercado regulado, a indução comportamental faz com que as empresas passem a adotar protocolos que, sem a regulação, talvez não existissem endogenamente.

Assim é que, segundo Heine (2013, p. 170) “haverá um período de transição antes que os incentivos externos se tornem espelhados pelas rotinas organizacionais e os incentivos externos possam passar pelas estruturas de governança corporativa”.

Para sua adequada implementação, tal regulação deve ter regras coerentes, claras e previsíveis. Os processos de decisão da entidade reguladora devem ser transparentes para toda a sociedade para que possam ser permeados pela participação das partes interessadas (Vieira, 2014, p. 66).

A própria Resolução nº 787/2017 decorreu de um processo participativo, com a realização de audiências públicas com oitiva das distribuidoras de energia elétrica. Guardadas as devidas proporções, a iniciativa se assemelha à uma já defendida integração daqueles que serão diretamente atingidos pelos protocolos instituídos, como é o caso dos colaboradores nas empresas privadas (Coelho; Fortini, 2017, p. 178), em qualquer setor de atuação.

Conclusões

O setor de distribuição de energia elétrica no Brasil tem particularidades importantes. Tratando-se de um setor no qual há monopólio na prestação do serviço público, as empresas distribuidoras de energia elétrica são altamente reguladas pela ANEEL.

Apesar de terem, em regra, contratos históricos, que já datam de longo prazo, as empresas estatais e empresas privadas delegatárias do serviço de distribuição foram provocadas a incorporar, nas renovações de seus contratos de concessão, regras referentes à governança corporativa e mecanismos de compliance.

Ao se observar as normas induzidas exogenamente pela regulação para estabelecimento de programas de conformidade pelas distribuidoras, vê-se que a lógica que perpassa tal iniciativa é muito diferente daquela prevista na Lei Anticorrupção. A ANEEL, mantendo coerência com uma regulação por incentivos, procurou estabelecer atrativos positivos às empresas com alto nível de governança corporativa, menos focados na reprimenda estatal como o faz a Lei Federal nº 12.846/2013 e seu Decreto regulamentador.

Referências bibliográficas

- BERNSTEIN, M. H. 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Nova Jersey, Princeton University Press.
- CAMPOS FILHO, L.; PIRES, A. 2002. Investimentos em setores de infraestrutura: a questão da regulação do monopólio natural e a defesa da concorrência. In: A. C. Castro (org.), *Desenvolvimento em debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro, Mauad, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, p. 281-303. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/13468/2/Investimentos%20em%20setores%20de%20infra-estrutura%2C%20a%20questão%20da%20regulação%20do%20monopólio%20natural%20e%20a%20defesa%20da%20concorrência_P_BD.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- DI PIETRO, M. S. Z. 2017. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Editora Forense.
- FORTINI, C.; COELHO, N. 2017 A participação dos trabalhadores na construção dos programas de integridade corporativa. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 9(2):176-182. DOI: doi.org/10.4013/rechtd.2017.92.08

- FORTINI, C.; FAJARDO, G. 2019. A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais> Acesso em: 17/07/2020.
- FORTINI, C.; FAJARDO, G. 2018. Um olhar histórico constitucional sobre as concessões e Parcerias Público-Privadas. In: M. S. Di Pietro; F. Motta. (coord.), *O direito administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte, Editora Fórum, p. 420.
- FORTINI, C.; SHERMAM, A. 2016. Governança Corporativa e Medidas Preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei nº 13.303/2016. *Revista de Direito da Administração Pública*, 1(2):173-184.
- GAMELL, D. A.; PRADO, L. N. 2019. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexo no modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In: E. B. Moreira, *Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro*. 2 ed. Belo Horizonte, Fórum, p. 251-25.
- GARCIA, F. A. 2019. *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo, Malheiros.
- HEINE, Klaus. Inside the black box: incentive regulation and incentive channeling on energy markets. *Journal of Management & Governance*, v. 17, n. 1, p. 157-186, 2013
- HOCHSTETLER, R. L. 1998. *A reforma do setor elétrico no Brasil: as perspectivas de introdução de competição no segmento de geração*. Dissertação (Mestrado em Economia). Faculdade de Economia Administração e Contabilidade. São Paulo, Universidade de São Paulo. Disponível em:
<http://www.acendebrasil.com.br/media/academicas/Hochstetler_Dissertacao_A%20ReformadoSetorEletricoNoBrasil.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- INSTITUTO ACENDE BRASIL. 2011. Concessões do setor elétrico: alternativas de políticas públicas. *White Paper*, n. 5, São Paulo. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2011_WhitePaperAcendeBrasil_05_Concessoes_Rev2.pdf>. Acesso em 24 jun. 2020.
- INSTITUTO ACENDE BRASIL. 2011. Tarifas de energia e os benefícios da regulação por incentivo. *White Paper*, n. 3, São Paulo. Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2011_WhitePaper_03_AcendeBrasil_Rev2.pdf>. Acesso em 24 jun. 2020.
- JUSTEN FILHO, M. 2002. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo, Dialética.
- LAFFONT, J.-J. 2001. Introduction: The economics of information and public policy. In: M. Marreli; G. Pignataro (org.), *Public decision-making process and asymmetry of information*. Massachusetts, Kluwer Academic Publishers, pp. 1-17.
- LEAL, R. G. 2018. Efeitos predatórios da corrupção no mercado e na sociedade civil: alguns indicadores. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 116:467-496.
- MARQUES NETO, F. de A. 2009. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte, Fórum.
- MEDAUAR, O. 2017. *Direito administrativo em evolução*. Brasília, Gazeta Jurídica.
- MELO, C. Q. P. D. de. 2014. A regulação tarifária do setor elétrico e a autonomia da Agência Nacional de Energia Elétrica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, 12(48):47-106.

NAKAMURA, A. L. dos S. 2018. A infraestrutura e a corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos – REBAP*. **117**:97-112.

RIBEIRO, D. A. G. 2017. A natureza jurídica das atividades desenvolvidas no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, **15**(58):109-123.

SANTIAGO JUNIOR, F. A. 2010. *A regulação do Setor Elétrico Brasileiro*. Belo Horizonte, Fórum.

SCHIRATO, V. R. 2016. A regulação do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, **14**(53):251-275.

Submetido: 20/07/2020

Aceito: 04/12/2020