

Livre concorrência, isonomia de acesso e os leilões de energia

Por: Luís Felipe Valerim Pinheiro

Os leilões de energia estão na ordem do dia de toda a imprensa nacional, em meio às diretrizes do Plano de Revitalização do Setor Elétrico a serem definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo e pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e, a seguir, implementadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Os leilões públicos de energia das concessionárias federais e estaduais de serviço público de geração, na verdade, constituem um novo regime jurídico de comercialização do setor elétrico, inserido pelos arts. 27 e 28 da Lei Federal nº 10.438, de 26, de abril de 2002. Esse novo regime está ao lado da contratação totalmente regulada, existente nos denominados “contratos iniciais” e da livre negociação entre geradores e possíveis compradores, previstas no art. 10 da Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

A nova lei dispõe que, ao menos 50% de toda a energia comercializada pelas concessionárias de serviço público de geração de energia elétrica deve ser efetuada através de leilões públicos, regulamentados pela ANEEL. Também estabelece que as empresas geradoras sob controle acionário estadual, e sujeitas ao mesmo regime de exploração, deverão observar um procedimento que atenda aos princípios da publicidade, transparência e igualdade de acesso a qualquer interessado.

Ainda ficou determinado que a energia não comercializada nos leilões deverá ser liquidada no Mercado Atacadista de Energia (MAE), é dizer, sob as condições e preços do mercado spot, nos termos do art. 8º da recente Medida Provisória nº 64, de 26 de agosto de 2002, que deu nova redação ao art. 28 da Lei Federal nº 10.438/02.

O legislador, por essa lei, atribuiu à ANEEL mais uma competência normativa, diga-se, sem a adequada fixação das diretrizes (standarts), limites e controles para o seu exercício, a fim de regulamentar os leilões públicos para as empresas estatais federais.

Esse é o novo regime jurídico para comercialização de energia pelas concessionárias federais e estaduais do serviço público de geração. Entretanto, existem algumas dúvidas concernentes à extensão dos comandos da Lei Federal nº 10.438/02, principalmente quanto à permanência do regime de livre negociação e ao limite para flexibilização dos procedimentos de venda de energia das empresas estaduais.

Sem dúvida, a nova Lei trouxe subsídios para a reflexão da clássica doutrina sobre licitações das empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Para o deslinde dessas questões, é importante ter em vista o atual modelo regulatório do setor elétrico e seus princípios norteadores.

Primeiramente, é perceptível a mudança de enfoque atribuída pelo legislador às normas relativas à comercialização de energia, tendo em vista o tratamento dado às concessionárias de serviço público de geração sob controle acionário federal ou estadual. Essas empresas passam a obedecer a procedimentos específicos, de natureza licitatória, para a venda de toda sua energia ou devem liquidá-la no MAE. Para tanto, a União exerceu sua competência legislativa privativa sobre os serviços de energia (CF/88, art. 22, IV) para disciplinar a forma de sua comercialização pelos agentes estatais concessionários de serviços públicos. Contudo, não avançou sobre a disciplina dos procedimentos para as empresas estaduais, talvez procurando ater-se à sua competência para traçar apenas normas gerais sobre contratação para administração pública indireta estadual (CF/88, art. 22, XXVII).

A concepção dos leilões decorre da diretriz regulatória de inserção de livre concorrência nas contratações do setor elétrico, através da regulação concorrencial de natureza pró-ativa e prospectiva implementada pela ANEEL. A finalidade normativa desses procedimentos licitatórios é a obtenção de (i) ambiente competitivo na formação dos preços da energia; (ii) igualdade material de acesso aos agentes econômicos mais eficientes; e (iii) garantia de obtenção de melhor proposta pelas empresas sob controle acionário estatal (federal ou estadual). Observe-se, ainda, que, em virtude do seu inerente aspecto concorrencial, as condutas tendentes à distorção das regras de mercado ou propícias a ajustar vantagens nesses procedimentos podem configurar infração à Ordem Econômica, punível pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Importante frisar que a Lei comentada estabeleceu um volume mínimo de 50% da energia das estatais federais para venda nos leilões públicos, porém não fez o mesmo para as empresas estaduais em seus procedimentos de natureza licitatória. Então, pode-se entender que os 50% restantes das federais estariam abertos à livre negociação?

A interpretação sistemático-integrativa da nova lei deixa claro a institucionalização de procedimentos licitatórios para a venda de energia das empresas estatais concessionárias de serviços públicos ou, como mecanismo secundário e de última opção, a liquidação no MAE, com todos os riscos dessa opção ou consequência.

Ainda, entendo que essa interpretação levaria à seguinte incongruência: o regime jurídico estabelecido pela Lei Federal

nº 10.438/02 seria mais rígido para as empresas estaduais em comparação com o aplicável às federais, ofendendo a distribuição constitucional de competências legislativas para a União, pois apenas as estaduais estariam vinculadas ao oferecimento de 100% de sua energia em procedimento licitatório.

Sendo assim, a escorreita interpretação desse diploma legal é pela inexistência de livre negociação para as concessionárias federais e estaduais de serviço público de geração, de maneira que seus contratos bilaterais serão sempre decorrentes de procedimentos de natureza licitatória para seleção da parte contratante e, caso não ocorra, a energia terá como único destino a liquidação no MAE.

Ademais, não se pode olvidar que a empresa estatal é instrumento de implementação de políticas públicas pelo Estado, à medida que sua atuação é considerada manifestação de regulação econômica direta sobre seus mercados. Portanto, sua finalidade institucional não se restringe à obtenção de lucro.

Por fim, é importante observar que a possibilidade de flexibilização do procedimento para as empresas estaduais concessionárias de serviço público de geração, conforme a aludida permissão legal, não pode dar ensejo a vantagens competitivas em relação às empresas federais, visto que ambas devem atuar em livre concorrência no mercado de comercialização de energia.

Como se vê, o leilão público é um instrumento juridicamente apto para formação do pretendido livre mercado de energia elétrica e para obtenção das finalidades das empresas elétricas estatais. O próximo passo é verificar sua sintonia com os demais mecanismos regulatórios e com as diretrizes políticas do setor elétrico.