

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A liberalização do mercado de comercialização de energia elétrica no Brasil

João Pedro Ribeiro Assis

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Orientador: Professor Mario Engler Pinto Júnior

Versão de 28.09.2022

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

Em que pese os notáveis avanços do Sistema Elétrico Brasileiro (“SEB”) nas últimas décadas, ainda hoje, milhares de usuários de residenciais não dispõem da faculdade de eleger o seu provedor de energia elétrica – tal como ocorre na maioria dos países desenvolvidos, que vivem o oposto com um ambiente de contratação livre; sendo no Brasil as concessionárias de distribuição de energia provedores compulsórios.

Neste contexto pretendo examinar: a existência de assimetrias na dinâmica de mercado vigente; e quais os principais desafios para ampliar a liberalização do mercado de energia elétrica no Brasil e como podem ser enfrentados?

Parto do pressuposto que a energia elétrica no Brasil é cara – seja pela magnitude da matriz e recursos energéticos disponíveis, seja considerando a realidade internacional -, onerada por ineficiências operacionais, expressiva carga tributária (30%) e uma série de subsídios (12%) incidentes na tarifa de energia¹.

Se por um lado o modelo regulado tem recrudescido a segurança energética e soberania nacional, por outro, a estrutura na qual a exploração econômica dos segmentos de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia é assegurada a quantitativo diminuto de agentes, com restrições ao acesso de entrantes e baixa competitividade, se mostra questionável.

No tocante à comercialização destaco dois referenciais normativos: a Lei nº 9.074/95, que reconheceu a possibilidade de comercialização de energia no contexto do ambiente

¹ Dados ANEEL, 2022.

desverticalizado²; e a Lei nº10.848/04, que consolidou as disposições para comercialização de energia, estabelecendo dois ambientes para comercialização e contratação de energia elétrica, entre concessionárias, permissionárias, autorizados e consumidores dos serviços públicos relacionados à eletricidade: o ambiente de contratação livre (ACL) e o ambiente de contratação regulado (ACR).

No ACR, o provimento da energia elétrica é exercido com exclusividade pelas concessionárias de distribuição aos usuários com demanda mensal inferior a 500kW, mediante cobrança de tarifa regulada pela ANEEL³. Aproximadamente 80 milhões de unidades consumidoras contratam no ACR, parte significativa (85%) é residencial, contudo a parcela é responsável por apenas 35% do consumo de energia elétrica no país, os 75% remanescentes são consumidos pelos setores produtivo e industrial⁴.

O recrudescimento do ACL tem ocorrido de forma gradual desde 2004. No ACL os consumidores podem contratar o fornecimento da energia com o provedor escolhido, através de contratos bilaterais, com condições livremente negociadas, como preço, prazo, volume, remunerando as concessionárias de transmissão e distribuição de energia, quando aplicável, exclusivamente pelo uso das redes. A consequência lógica é a diminuição do custo da energia elétrica e assimetria de condições entre agentes provedores e consumidores.

Segundo a Portaria nº 465/19, do MME, desde janeiro de 2022, são classificados como livres consumidores com carga de consumo mensal mínimo de 500kW, e qualquer nível de tensão, mas grande parte das 80 milhões de unidade consumidoras seguem sujeitas ao ACR. A construção de soluções responsáveis à liberalização (completa) do mercado é de incontestável realidade aplicativa, interessando à consumidores, empreendedores, investidores e ao Estado – enquanto empreendedor, gestor público e regulador.

O Projeto de Lei 414/2021⁵, atualmente em análise na Câmara, modifica nove leis do setor elétrico, com o objetivo de assegurar a liberalização integral do setor, de modo que os consumidores atualmente restritos a contratar o fornecimento de energia das distribuidoras,

² Art. 12. A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para: I - concessionário de serviço público de energia elétrica; II - consumidor de energia elétrica, nas condições estabelecidas nos arts. 15 e 16; III - consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de cogeração; IV - conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição; V - qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.

³ O Ministério de Minas e Energia (MME), parte da Administração Pública Direta da União Federal, é o órgão máximo no que se refere à política de recursos energéticos no Brasil, tendo estabelecido³, em 1996, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), enquanto agência reguladora setorial, com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica no Brasil

⁴ Dados ANEEL, 2022.

⁵ de autoria ex-senador Cássio Cunha Lima (PB), aprovado na forma de um Substitutivo elaborado pelo senador Marcos Rogério (DEM-RO).

possam contratar energia, através de contratos bilaterais, negociados livremente com agentes varejistas junto à CCEE.

As concessionárias de distribuição, que hoje concentram os serviços de distribuição e comercialização no ACR, proveriam aos consumidores, que optassem pela migração ao ACL, tão somente o serviço de distribuição da energia contratadas dos geradores/produtores, sendo remuneradas pela distribuição, modelo já consagrado no sistema elétrico de países como Reino Unido (mercado totalmente desverticalizado), França, Espanha e Estados Unidos.

Os encargos tarifários criados pela PL são uma tentativa de mitigar o que ENGLER⁶ denomina “espiral da morte” de um sistema de rede, ocasionado pelo abandono massivo de uma parcela de consumidores, elevando sobremaneira os custos para os consumidores remanescentes, levando estes últimos a abandonarem-no também, o que finalmente leva ao colapso completo do sistema e sua capacidade de resposta⁷.

Dada a proximidade do vencimento de inúmeras concessões de distribuição de energia nos próximos dez anos⁸, com caminhos diversos aos gestores públicos na decisão pela renovação dos contratos ou realização de novas licitações, imperiosa que a escolha pública considere a necessidade de liberalizar o mercado de energia.

É neste sentido que me parece válida, e sem prejuízo do previsto na PL 414/2021, a oportunidade gerada a partir do vencimento das concessões de distribuição em 2025, 2026 e 2027, para criação de ambiente de *sandbox* regulatório de comercialização liberalizada, com novo papel às concessionárias de distribuição: prestação de serviço de distribuição e comercialização (não monopolizada), sujeitas à concorrência com agentes varejistas.

O Estado terá outros desafios importantes na transição de modelos, como o design de uma arquitetura normativa e a definição de agenda regulatória que maximize a utilidade perseguida por todos os agentes do sistema – consumidores, empreendedores e o próprio Estado – de forma simétrica, responsável e progressista.

6 ENGLER, Mario Pinto Júnior. et.al. (2022)

7 Para mitigar desequilíbrio econômico-financeiro das concessões de distribuição, em decorrência da frustração de receitas decorrente da migração dos consumidores do mercado cativo ao livre, a PL prevê a criação de encargo tarifário em favor das concessionárias, a ser cobrado de todos os consumidores, na proporção do consumo mensal, conforme política a ser definida pela ANEEL; e para assegurar a manutenção da capacidade instalada das usinas de geração/produção de energia à contiguidade da segurança de suprimento do sistema no contexto do mercado aberto, o PL ainda prevê um encargo adicional na tarifa destinado às usinas de geração pela potência instalada, em uma lógica de lastro/garantia de suprimento das demandas mediante remuneração.

⁸ EDP ES (concessão de distribuição no estado do Espírito Santo), vencimento em 2025; Light SESA (concessão de distribuição no estado do Rio de Janeiro), vencimento em 2026; Enel RJ (concessão de distribuição no estado do Rio de Janeiro), vencimento em 2026; Energisa MS (concessão de distribuição no estado do Mato Grosso do Sul), vencimento em 2027; Energisa MT (concessão de distribuição no estado do Mato Grosso), vencimento em 2027; Energisa SE (concessão de distribuição no estado de Sergipe), vencimento em 2027; entre outras.

A partir de pesquisa exploratória na leitura e sistematização dos normativos e dados factuais citados, com o rigor metodológico necessário, pretendo formular uma solução jurídica válida à liberalização do mercado de energia no Brasil, seja por meio de ajustes à iniciativas como a da PL 414/2021, seja por meio da proposição de mecanismos novos ou complementares, como a liberalização a partir da observação da experiência de mercados abertos em contexto de sandbox regulatório.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O sistema elétrico brasileiro é estratégico à cadeia produtiva, economia, desenvolvimento e soberania nacional. A energia elétrica está inserida no cotidiano dos 200 milhões de brasileiros – direta ou indiretamente -, na agricultura, indústria, infraestrutura, comércio, prestação de serviços públicos diversos e, claro, própria fruição do recurso.

Apensar da prodigalidade de recursos naturais, os usuários dos serviços de menor potencial pagam caro e não têm direito escolher de quem contratar a energia que consomem Brasil, o que acaba por revelar, além de assimetria de condições, algum grau de externalidade na escolha pública.

Entretanto, a desregulação e liberalização do mercado de forma fortuita e inconsistente por causar danos irreversíveis ao sistema no médio e longo prazo, assim como assinalado anteriormente quanto ao risco do “espiral da morte” que estão sujeitos sistemas de rede.

Neste sentido, acredito ser o objeto deste trabalho – através do exame das soluções postas e pressupostas para endereçamento do problema - de grande impacto prático à transformação da realidade de usuários do serviço público de eletricidade, empreendedores, concessionários, reguladores e do próprio Estado.

Como tenho observado na experiência internacional, o mercado de comercialização de energia elétrica integralmente liberalizado, desverticalizado, digitalizado e sustentável é capaz de proporcionar uma experiência mais satisfatória aos consumidores, numa lógica livre e simétrica de mercado, fomentando o verdadeiro desenvolvimento sustentável.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Além de ter estado inserido na indústria, enquanto executivo jurídico de grupos privados multinacionais atuantes na geração/comercialização de energia, e atualmente no segmento de telecomunicações (cuja experiência de liberalização é bem sucedida), construí a

minha carreira, entre divisão pública e privada, atuando com mercados regulados e contratos públicos, sendo, então, a liberalização do mercado de energia, tanto pelo seu viés regulatório quanto pelo público e econômico, temática que me interessa como profissional, acadêmico, usuário do serviço público e cidadão interessado na adoção de políticas públicas sérias e desenvolvimentistas.

Entendo que a atuação profissional direta no segmento me proporciona criticidade e a *expertise* ao exame dos desafios e oportunidades desse contexto, sob perspectiva propositiva e pragmática, ao passo que, pelos mesmos motivos, enquanto pesquisador buscarei adotar o rigor metodológico necessário para afastar qualquer viés e subjetividade ao produto deste trabalho de pesquisa.

5. Fontes de pesquisa e formas de acesso

As principais fontes pesquisa consistirão no levantamento de informações e estatísticas factuais, além da análise objetiva do arcabouço normativo⁹, doutrinário e jurisprudencial relacionado ao tema, organizando-os, sistematicamente, com o objetivo de apresentar uma fotografia abrangente do objeto de pesquisa.

Adicionalmente, pretendo realizar pesquisa qualitativa através de entrevistas semiestruturadas, com agentes inseridos no contexto do SEB, tais como acadêmicos, empreendedores, concessionários, concedente, regulador e representantes de entidades de classe, com a finalidade de coletar dados objetivos eventualmente indisponíveis na literatura, além de percepções subjetivas dos entrevistados que possam refletir a aderência da opinião pública às soluções a serem propostas no trabalho final, pautado em estrito rigor metodológico.

Embora o conceito não seja a realização de levantamento exaustivo (mormente no que se refere às entrevistas), o objetivo é atuar com recorte amostral suficiente a garantir o embasamento espesso da proposta metodológica do trabalho.

6. Quesitos

i. Questão central de pesquisa

→ Quais os principais desafios para se ampliar a liberalização do mercado de energia elétrica no Brasil e como podem ser enfrentados?

⁹ Ver item 6 (i); i.e., leis, decretos, medidas provisórias, projetos de leis, regulamentos, despachos, dentre outros.

ii. Contextualização fática

- Como está estruturado o mercado? Qual a sua relevância econômica e estratégica?
- Quem são os principais atores e a que riscos estão expostos?
- Quais as eventuais disfunções no funcionamento do mercado?
- Em que consiste a atividade de comercialização de energia elétrica?

iii. Referencial teórico-normativo

- Qual a legislação vigente e o regime regulatório aplicável à comercialização de energia elétrica?
- Em que consistem o mercado livre e o mercado regulado de energia elétrica? Quem pode atuar em cada ambiente?
- Como ocorre a contratação da compra e venda de energia no mercado livre?
- Quais as questões jurídicas sensíveis ou potencialmente controversas?

iv. Abordagem analítica

- Qual o impacto da liberalização do mercado de energia elétrica na atividade das empresas distribuidoras? Como o problema pode ser equacionado?
- Quais as vantagens e as desvantagens da liberalização para o consumidor final? Que fatores o consumidor final deve considerar para tomar a decisão de adquirir energia no mercado livre?
- Que mudanças legislativas seriam necessárias para ampliar a liberalização do mercado de energia elétrica?

v. Recomendações finais

- Como ampliar a liberalização do mercado de comercialização de energia elétrica conciliando os interesses das partes envolvidas?

7. Bibliografia preliminar

ENGLER PINTO, Mário; DUTRA, Joisa Campanher. *Concessões no Setor Elétrico Brasileiro: evoluções e perspectivas*. São Paulo: Synergia, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões no serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LOUREIRO KAERCHER, Gustavo Kaercher. *Manual de Direito da Energia Elétrica*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

LOUREIRO KAERCHER, Gustavo Kaercher. “A quem interessar possa: a dimensão do setor elétrico”. In: DA ROCHA, Fabio Amorin (Org). *Temas Relevantes do Direito de Energia Elétrica* (vol. IX). Rio de Janeiro: Synergia, 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fintão. “O retorno de consumidor livre ao Mercado Regulado de Energia: a peculiar situação de consumidor concessionário de outro serviço público”. In: DA ROCHA, Fabio Amorin (Org). *Temas Relevantes do Direito de Energia Elétrica* (vol. II). Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 11ª Edição. São Paulo: Livraria RT, 2021.

ROLIM, Maria João; KHOURI, Alice; FERREIRA DA SILVA; Bernardo. “Análise de impacto regulatório enquanto instrumento de qualificação e legitimidade da atuação regulatória do setor elétrico brasileiro”. In: DA ROCHA, Fabio Amorin (Org). *Temas Relevantes do Direito de Energia Elétrica* (vol. IX). Rio de Janeiro: Synergia, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

8. Cronograma de execução

Atividade	2022						2023												Horas	
	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Revisão bibliográfica			■	■	■		■	■	■	■			■							92h
Coleta de dados, avaliação de normativos e fichamentos			■	■	■		■	■	■	■			■							30h
Entrevistas e registros			■	■	■															8h
Redação versão inicial				■	■	■	■	■	■											100h
Redação versão preliminar										■	■	■	■	■						50h
Revisão e redação versão final															■	■	■	■		50h