



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Energia

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 34/COGEN/SEAE/MF

Brasília, 28 de outubro de 2011.

Assunto: Audiência Pública nº 63/2011, da ANEEL, referente à proposta de edital, e respectivos anexos, do Leilão nº 007/2011, denominado A-5.

1 - Introdução

1. Por meio da Audiência Pública (AP) nº 63/2011, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL busca obter contribuições para aprimoramento da proposta de edital, e respectivos anexos, do Leilão nº 07/2011, denominado A-5, o qual se destina à contratação de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração a partir de fontes hidrelétrica, eólica e termelétrica a biomassa ou a gás natural em ciclo combinado, para início de suprimento a partir de 1º de janeiro de 2016, nos termos da Portaria MME nº 498, de 25 de agosto de 2011.

2. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF, em consonância com o objetivo traçado pela ANEEL, apresenta por meio deste parecer suas contribuições à audiência pública em questão, buscando, assim, contribuir para o aprimoramento do arcabouço regulatório do setor de energia elétrica, nos termos de suas atribuições legais, definidas no Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011.

2 – Da Análise

2.1 – Problema Identificado, Objetivo e Instituições Impactadas

3. A Portaria MME nº 498, de 25 de agosto de 2011, determinou à ANEEL a realização direta ou indiretamente, no dia 20 de dezembro de 2011, de *Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente de Novos Empreendimentos de Geração*, denominado Leilão “A-5”, de 2011, para fontes hidrelétricas, eólicas e termelétricas a biomassa ou gás

natural com ciclo combinado, para início de suprimento de energia elétrica a partir de 1º de janeiro de 2016.

4. Posteriormente, o Ministério de Minas e Energia – MME publicou a Portaria nº 514, de 2 de setembro de 2011, que regulamentou as condições de participação e os procedimentos de qualificação econômica e financeira dos proponentes vendedores de energia elétrica nos leilões, bem como estabelece diretrizes para a elaboração dos Contratos de Comercialização no Ambiente Regulado – CCEARs.

5. Em complemento, o MME publicou a Portaria MME nº 566, de 30 de setembro de 2011, que aprovou a sistemática para o leilão de compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração.

6. Dessa forma, dando cumprimento ao disposto nas Portarias do MME, a ANEEL instaurou o processo de audiência pública com o objetivo de colher subsídios para aprovação do edital e anexos do leilão A-5 de 2011 (Leilão nº 07/2011). Conforme Nota Técnica nº 011/2011-CEL/ANEEL, de 10 de outubro de 2011, as minutas de edital e anexo submetidas à audiência pública foram elaboradas tendo por base a experiência adquirida em leilões anteriores e as principais determinações estabelecidas pelo MME, nas Portarias nºs 498/2011 e 514/2011.

7. Na regulamentação proposta pela agência, cabe mencionar o aspecto que será abordado neste parecer, qual seja: a cláusula 11.5.2.2 da minuta do edital, que determina que até a outorga da autorização/concessão não poderá haver movimentação no consórcio da vendedora, exceto se expressamente anuído pela ANEEL e atendendo todas as condições estabelecidas no edital. Ultrapassado o período em questão, a alteração dos sócios é permitida, inclusive a entrada de agentes que disputaram e perderam o leilão.

8. Em termos de agentes impactados, destacam-se potenciais vendedores de energia, distribuidoras e consumidores.

2.2 – Opções à Regulamentação Proposta

9. Considerando o aspecto do edital a ser enfatizado por este parecer, uma alternativa ao ingresso liberado de qualquer agente na composição societária da concessionária após a assinatura do contrato de concessão é o estabelecimento de critérios adicionais.

10. Nesse contexto, identificam-se, a princípio, duas opções: (i) aumentar o período em que não seria permitida alteração societária; (ii) vedar o ingresso de agentes perdedores da licitação por um determinado período.

2.3 – Dos Possíveis Impactos ao Bem-Estar Econômico

11. A análise relativa ao bem-estar econômico envolverá, inicialmente, a avaliação dos eventuais impactos da proposição sobre a concorrência. Posteriormente, outras consequências sobre a eficiência econômica serão investigadas.

2.3.1 – Impactos à Concorrência

12. Os impactos à concorrência serão avaliados por metodologia desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE¹. A metodologia consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; e iii) diminuição do incentivo à competição. As referidas questões e seus respectivos efeitos são descritos abaixo:

1º Efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta:

- i) conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
- ii) estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
- iii) limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
- iv) aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado;
- v) criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.

2º Efeito - limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta:

- i) controlar ou influenciar substancialmente os preços de bens ou serviços;
- ii) limitar a liberdade dos fornecedores de publicarem ou comercializarem os seus bens ou serviços;
- iii) fixar normas de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o que consumidores bem informados escolheriam;
- iv) aumentar significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores (especialmente no caso de haver diferenciação no tratamento conferido a operadores históricos e a concorrentes novos).

3º Efeito - diminuir o incentivo para as empresas competirem, provável no caso de a política proposta:

- i) estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação;
- ii) exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas;

¹ Referência: OCDE (2007). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 1.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/39680119.pdf>. Acessado em 21.07.2010.

iii) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;

iv) reduzir a mobilidade dos clientes entre diferentes fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos explícitos ou implícitos da mudança de fornecedores.

13. Apontados os elementos que podem, potencialmente, reduzir a competição, verifica-se que a cláusula 11.5.2.2 da minuta do edital pode provocar danos à concorrência, inclusive no que se refere à disputa pelo direito de vender a energia de uma determinada usina hidroelétrica. Isso porque permite que perdedores do certame licitatório entrem na sociedade vencedora após assinado o contrato de concessão.

14. A origem do eventual dano à concorrência que tal cláusula gera está no fato de poder favorecer o conluio, ainda que implícito, entre participantes. Considerando que a rivalidade entre os licitantes pode ser eliminada na presença de conluio, o preço final pode ser superior ao que seria obtido com efetiva concorrência. Ciente de que pode entrar na sociedade vencedora após a assinatura do contrato de concessão, os agentes podem atuar de forma menos competitiva nos lances da licitação. Pode, assim, haver uma falsa concorrência, pois os agentes podem combinar a atuação em separado na licitação, dando a impressão de que há concorrência, certos de que o perdedor será aceito na sociedade vencedora da licitação.

2.3.2 – Dos Impactos ao Bem-Estar Econômico

15. A proibição de alterar o controle societário da vencedora somente até a outorga da autorização/concessão pode causar dano ao bem-estar econômico por conta de possível elevação de preços decorrente da redução da concorrência.

2.3.3 – Análise das Alternativas Possíveis

16. Cabe ao poder público intensificar esforços para que os atos administrativos do edital e da minuta de contrato sejam sólidos o suficiente para evitar possíveis burlas do processo licitatório, antes e após a assinatura do contrato, observando alguns cuidados para mitigar as possibilidades de conluio entre os licitantes.

17. De fato, é pertinente vedar a alteração da formação do consórcio vencedor até a assinatura do contrato, coibindo assim a hipótese de um consórcio vencer a licitação e outro diferente assinar o contrato com a administração, dado que por meio da venda de ativos ou mudança societária, as empresas participantes poderiam fazer um rearranjo do resultado do certame, reduzindo ou, até mesmo, invalidando a concorrência. Conforme mencionado, o edital, por meio da cláusula 11.5.2.2., cumpre este papel.

18. Contudo, no esforço de reduzir condutas potencialmente anticompetitivas, sem abrir mão de um rearranjo do consórcio que tenha a finalidade de trazer mais eficiência ao desempenho do empreendimento, entende-se que o critério para entrada no consórcio após o processo de outorga deva discriminar o agente entrante conforme tenha

ele participado ou não do processo licitatório. Trata-se, portanto, de se adotar uma das alternativas mencionadas na Seção 2.2: vedar, por prazo determinado, o ingresso de perdedores na sociedade vencedora do leilão.

19. É oportuno destacar o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 587/2001, estabelecendo limitações ao ingresso de agentes no consórcio.

Decisão do TCU

O Tribunal Pleno, pelo Voto de Desempate de seu Presidente, nos termos do inciso VIII do art.94 do Regimento Interno, e fundamentado nos art.1º, incisos II e IV, 5º, 43 da Lei 8.443/92, DECIDE:

(...)

8.1 determinar ao DNER que:

(....)

8.1.9. inclua na redação do item 239 e na minuta de contrato a exigência de que, até o momento da futura conversão da sociedade de propósito específico em companhia aberta, os terceiros interessados que venham a participar do capital social da concessionária não tenham participado da licitação, ainda que indiretamente, permanecendo, após a conversão em companhia aberta, a proibição de que venham a participar do bloco de controle acionário da concessionária.

20. A exemplo do douto tribunal, sugere-se que seja avaliada a possibilidade de impor limitações ao ingresso no capital social da concessionária daqueles agentes que tenham participado da licitação sem, contudo, vencê-la.

21. Nesse sentido, sugere-se que o ingresso no consórcio, após o processo de outorga, seja liberado para o agente que não tenha participado da licitação, mas seja condicionado a um prazo previamente fixado para o agente que tenha participado do processo licitatório sem lograr êxito.

3 – Análise Suplementar

22. Nesta audiência pública o prazo de envio de contribuições foi de 19 a 28/10/2011, considerado exíguo para a análise de toda documentação disponibilizada. Vale notar que o Aviso de Audiência Pública foi publicado no Diário Oficial da União em 19/10/2011, primeiro dia de envio das contribuições.

4 – Conclusão

23. Esta Secretaria louva a iniciativa da ANEEL de aprimorar a regulamentação do setor. Com o intuito de colaborar com a agência e atenta aos possíveis efeitos dos novos comandos a serem incluídos na minuta de edital, sugere que a ANEEL avalie a necessidade de restringir o rearranjo da composição societária da concessionária após a outorga da concessão. Tal restrição poderia ser aplicada por meio da determinação de um prazo mínimo, a contar da assinatura do contrato de concessão, para que os licitantes que não venceram a licitação possam participar do capital social da concessionária.

24. Esta Secretaria sugere que para as próximas audiências públicas seja disponibilizado maior prazo para envio das contribuições e que o aviso da audiência seja publicado com certa antecedência de forma a que os agentes disponham de prazo razoável para análise do material e posterior manifestação.

CHRISTIANE M. DE O. BARBOSA
Analista de Finanças e Controle

JOSSIFRAM ALMEIDA SOARES
Coordenador-Geral de Energia

À apreciação superior.

RUTELLY MARQUES DA SILVA
Secretário-Adjunto de Acompanhamento Econômico

De acordo.

ANTONIO HENRIQUE PINHEIRO SILVEIRA
Secretário de Acompanhamento Econômico