

Assimetria de informação, competição e leilões de energia

Alexandre Carlos Leite de Figueiredo

1. INTRODUÇÃO

A década de 90 no Brasil foi caracterizada por uma profunda reestruturação do aparato administrativo do Estado, marcada por uma reorientação político-administrativa, na qual os entes governamentais intensificaram o uso de mecanismos de delegação de atividades até então assumidas de maneira quase que exclusiva pelo aparelho estatal. Nesse diapasão e especialmente após a edição da Lei nº 8.987/1995, instrumentos como a concessão, a permissão e a autorização foram amplamente utilizados como formas de delegação, à iniciativa privada, da execução de serviços de titularidade estatal¹. Nesse sentido, uma grande quantidade de agentes privados passou a explorar atividades cuja prestação, ainda naquele momento, era monopolizada pelo poder público.

A partir das privatizações das empresas estatais e das delegações da exploração de serviços públicos à iniciativa privada, implantou-se um novo modelo, em bases legais², em que o Estado passou a regular³ a prestação desses serviços, em vez de ser o provedor direto deles.

A criação das agências reguladoras insere-se nesse contexto de mudança do papel do Estado, no qual a administração pública redefine sua gerência, suas responsabilidades e sua relação com vários setores da economia. As agências são concebidas como entidades, ao menos teoricamente, menos suscetíveis a interesses políticos ocasionais, capazes de promover uma regulação contínua e coerente, que não incorra em problemas de continuidade devido às mudanças de governo. O objetivo foi a criação de um ambiente estável e seguro, que permitisse a atração de investimentos produtivos, a satisfação de necessidades de serviços públicos, o crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico e a geração de empregos.

Em se tratando de serviços públicos, resta patente o dever do Estado de regulamentar as condições de delegação dessas atividades, disciplinar as condições que devem nortear a prestação desses serviços essenciais e fiscalizar a sua execução. A Constituição de 1988 normatiza que a oferta de serviços públicos dar-se-á tanto por empresas privadas como por empresas públicas, sendo que o Estado – detentor da titularidade jurídica desses serviços – pode ser o provedor direto deles ou delegar sua execução a outros, zelando, por intermédio de órgãos reguladores, para que os serviços prestados, em termos de quantidade, qualidade e tarifas, sejam socialmente aceitáveis. De toda sorte, em qualquer dos dois modos de prestação do serviço, recai no Estado a obrigação jurídica de fornecimento, de modo que é imprescindível, para o bem-estar coletivo, que o Estado regulamente e fiscalize a prestação desses serviços.

Alexandre Carlos Leite de Figueiredo é servidor do Tribunal de Contas da União. É graduado em Relações Internacionais e Especialista em Direito Regulatório da Energia Elétrica pela Universidade de Brasília (UnB), e Especialista em Comércio Exterior pela Universidade Católica de Brasília.

Não obstante essa obrigação decorrente da titularidade jurídica estatal sobre essas atividades, a regulação também se mostra fundamental pelo fato de que grande parte dos bens e serviços públicos são monopólios ou monopólios naturais. Ademais, dada a relevância da prestação desses serviços, as imperfeições porventura existentes no mercado concorrencial podem levar a resultados e desequilíbrios indesejáveis, de sorte que a regulação se faz necessária para tentar corrigir essas distorções e proteger os usuários dos serviços de eventuais abusos de poder econômico por parte dos agentes privados prestadores dos serviços.

A teoria econômica tradicionalmente justifica a existência da regulação pela presença de falhas de mercado e pela conseqüente necessidade de corrigi-las. São exemplos dessas falhas os monopólios naturais, as externalidades, as assimetrias de informação e os bens públicos, entre outros.

Os serviços de energia elétrica são serviços públicos essenciais e são prestados sob um forte aparato regulatório do Estado, dado que algumas falhas de mercado são fortemente detectadas na execução de tais atividades. Os serviços de transmissão e de distribuição são considerados monopólios naturais e são regulados de maneira bastante intensa pelo Estado. Adicionalmente, os setores de infra-estrutura, como o é o setor de energia elétrica, demandam elevados volumes de investimentos, além de serem fontes de fortes externalidades. Além disso, são setores cuja relação custo-benefício privado tende a ser inferior à social, o que gera um volume e uma taxa de investimento inferior ao que seria socialmente desejável.

Restando explícita a obrigação do Estado em regular os serviços de energia elétrica, pode-se afirmar que a assimetria de informação entre os agentes prestadores dos serviços e o órgão regulador revela-se um empecilho considerável e um grande obstáculo a ser superado na busca da construção de um aparato regulatório eficiente. A assimetria de informação está na origem de complexos problemas regulatórios e o regulador deve, continuamente, buscar formas de mitigar esse problema. No setor elétrico, as atividades de transmissão e de distribuição são fortemente reguladas e o órgão regulador setorial, objetivando uma regulação

eficiente, busca incessantemente reduzir o *gap* informacional existente entre os regulados e ele próprio. Mas como deve ser analisado o problema da assimetria de informação na atividade de geração de energia elétrica, dado que o modelo atualmente em vigor trata a geração como uma atividade competitiva⁴ e que deve ser regulada de forma menos intensa?

2. REGULAÇÃO E ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

Pode-se dizer que uma das contribuições mais relevantes das teorias econômicas de regulação diz respeito à análise, descrição e discussão das características do mercado, dentre elas a existência de relevante assimetria de informações entre os agentes econômicos. Ademais, revela-se que esta assimetria informacional é uma das principais responsáveis pelas demandas por regulação dos mercados.

A teoria econômica apresenta vasta literatura e abordagens diversas sobre os pressupostos da regulação, suas formas e suas conseqüências. Destarte, a descrição do arcabouço regulatório está vinculada ao enfoque teórico associado à regulação econômica, seus motivos e objetivos.

Assimetria de informação deve ser entendida no seguinte contexto: ela ocorre quando as informações de conhecimento das firmas reguladas não são observadas ou detectadas pelo órgão regulador ou estão disponíveis em quantidade e qualidade insuficientes para uma regulação eficiente. O regulado tem um conhecimento consideravelmente maior do esforço empreendido na prestação do serviço, de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, que o órgão regulador. Outrossim, a obtenção dessas informações pelo regulador demonstra-se bastante onerosa, de sorte que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos próprios regulados. Partindo-se da premissa de que tanto o regulador quanto a firma são agentes racionais e buscam maximizar seus interesses, a firma pode e, provavelmente, adotará comportamentos oportunistas visando obter vantagens na estipulação de metas regulatórias ou na revisão de contratos. Pode-se inferir que a firma tem incentivos para não revelar todas as informações sobre seus esforços e sobre seus custos.

A agência, consciente desses incentivos e também de que o custo de monitoração das informações pelo regulador é extremamente elevado, buscará formas de alinhar os interesses da firma com os seus próprios. Na prática, surgem instituições ou formas contratuais especializadas que, através de incentivos, tentarão alinhar os interesses, de modo que o regulador não necessite ter informações completas sobre a firma para saber que ela agirá de modo compatível com os objetivos e metas regulatórias estipuladas. O intuito, o ideal, é a criação de um sistema que induza a firma a revelar as informações de que o regulador necessita ou a induza a ser eficiente e repartir ganhos de eficiência com os consumidores.

Na ótica do principal agente, as instituições ou contratos peculiares observados na prática são formas de mitigar o problema de informação assimétrica, visando permitir que a relação entre a firma e o regulador possa ocorrer de forma mais eficiente do que ocorreria sem tais instrumentos. De toda sorte, são situações sub-ótimas, já que a assimetria de informação quase sempre leva a soluções regulatórias, nas quais a firma recebe mais do que receberia se o regulador tivesse todas as informações necessárias. Esta diferença é chamada de *rent* informacional. A firma consegue extrair rendas na sua interação com o regulador, já que este tem de garantir as condições necessárias para que a firma opere no mercado, evitando que ela entre em desequilíbrio econômico-financeiro. Isto implica que o regulador, caso não consiga determinar os custos reais de uma determinada empresa, permita que esta cobre tarifas que lhe proporcionem um lucro econômico não-negativo, mesmo quando ela é ineficiente ou, caso seja eficiente, obtenha uma renda extraordinária (GLEIZER, 2005).

A teoria aponta dois principais problemas oriundos da informação assimétrica: a seleção adversa e o risco moral. A seleção adversa (*adverse selection*) decorre do fato de que uma das partes detém informação privada sobre suas características. Do ponto de vista contratual, a seleção adversa pode ser encarada como oriunda de comportamentos oportunistas derivados de assimetria de informações pré-contratuais. Prejudicam a operação das transações antes mesmo do estabelecimento do contrato, pois uma das partes depende de

informações relativas à natureza da outra e que nem sempre são fornecidas. Neste caso, algumas informações são omitidas no momento da definição do contrato (PINTO JR, PIRES, 2000).

O perigo moral (*moral hazard*) decorre do fato de que uma das partes detém informação privada sobre suas ações ou decisões. Diferentemente da seleção adversa, em que o problema se encontra no diferencial de risco entre os diferentes agentes econômicos, o caso do risco moral se baseia nas ações dos agentes, que podem acabar influenciando esse risco. No nível contratual, o risco moral é fruto de comportamentos oportunistas posteriores à elaboração do contrato, podendo decorrer também de um comportamento imprevisto ao longo da execução do contrato. A informação assimétrica, neste particular, não é relativa a características desconhecidas dos agentes, mas a um comportamento oportunista, escondido e não conhecido pela outra parte do contrato, no momento de sua elaboração (PINTO JR, PIRES, 2000).

Certo é que a assimetria de informação coloca-se como um ponto fulcral nos complexos problemas regulatórios, pois, para que o regulador exerça uma regulação eficaz é necessária a existência de uma boa base de informações. Todavia, a obtenção e a formação de uma sólida base de informações ocorrem mediante elevados custos: quanto maior for a assimetria de informações entre os agentes mais custoso será o processo de acesso às informações relevantes e, conseqüentemente, mais custosa será a regulação para o agente regulador setorial.

3. O SETOR ELÉTRICO E A INTRODUÇÃO DA COMPETIÇÃO NA ATIVIDADE DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Anteriormente a 1995, tinha-se um modelo de monopólio verticalizado do Estado no setor elétrico. Em 1995 e 1996, foi adotado um outro modelo, desverticalizado, em que os setores de geração - aberto e competitivo -, transmissão, distribuição e comercialização deveriam ser independentes. Este modelo inspirado no livre mercado tinha como motivos principais a introdução de um ambiente competitivo no qual fosse possível - na geração e na comercialização - e a conseqüente mudança regulatória nos segmentos considerados monopólios naturais: transmissão e distribuição.

A introdução da competição no setor só pôde ser viabilizada a partir da reestruturação da indústria, da desregulamentação e do estabelecimento do livre acesso às redes de transmissão. Segundo Tolmasquim (2002), a reestruturação tinha como principal objetivo promover a mudança de um modelo baseado no monopólio verticalmente integrado para um modelo mais competitivo, calcado na desverticalização da indústria. Com esse intuito, foi promulgada a Lei nº 9.074/1995, que, dentre outras coisas, criou a figura do Produtor Independente, estabeleceu o livre acesso às instalações de transmissão e possibilitou a formação de consórcios de geração. A desverticalização de empresas integradas foi adotada com o objetivo de viabilizar cobranças não-discriminatórias da rede de distribuição, eliminar subsídios cruzados e permitir a visualização de custos específicos, objetivando sempre mitigar o problema da assimetria de informação.

Pode-se dizer que foi introduzido um embrionário ambiente de competição no setor, mas o modelo sofreu vários ataques após a crise do racionamento de energia elétrica, ocorrida em 2001. O advento do novo modelo institucional do Setor Elétrico, apresentado em 2004 pelo Ministério de Minas e Energia (MME)⁶, buscou a implementação de novas regras de mercado para estimular a livre concorrência e a competitividade dentro do setor elétrico. A comercialização de energia dentro desse sistema de livre concorrência e competitividade é gerenciada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e se dá perante dois ambientes de contratação: um regulado, do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica⁷ e as contratações são geralmente precedidas por leilões⁸, e outro livre do qual participam agentes de geração, comercialização, importadores e exportadores de energia e consumidores livres que negociam livremente a partir de contratos bilaterais.

A regulação da ANEEL recai primordialmente sobre o Ambiente de Contratação Regulada (ACR), que congrega todos os consumidores cativos e os distribuidores, no qual as compras de energia são realizadas sempre por licitação e pelo critério de menor tarifa. O artigo 11 do Decreto nº 5.163/2004 e o artigo 2º da Lei nº 10.848/2004 determinam que as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do

Sistema Interligado Nacional (SIN) devem garantir o atendimento à totalidade de seu mercado no Ambiente de Contratação Regulada, por meio de compra de energia via licitação, na modalidade leilão. O critério de menor tarifa, utilizado para definir os vencedores de um leilão, está previsto no inciso VII do art. 20 do Decreto nº 5.163/2004. Após os leilões, são assinados os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre os vencedores e as distribuidoras que declararam necessidade de compra para o ano de início de suprimento da energia contratada no leilão. O estabelecimento da contratação conjunta por todos os distribuidores, na forma de um *pool*, permite, em tese, a apropriação na tarifa de economias de escala na compra de energia.

Resumidamente, os agentes de geração candidatos à construção de novos parques geradores devem participar de leilões apresentando propostas de venda de sua energia elétrica, competindo por contratos de compra de energia pelas concessionárias distribuidoras. Nesses leilões, denominados leilões de energia nova, destinados precipuamente ao atendimento do mercado regulado, sagram-se vencedores os empreendedores que ofertarem o menor preço por Mega-Watt hora para atendimento da demanda prevista pelas distribuidoras. Ademais, os geradores podem ainda contratar direta e livremente com consumidores livres. Neste particular, os contratos são livremente negociados, restando aos contratantes a liberdade de definições de preços, prazos e quantidades.

Pois bem, após essas breves considerações acerca das bases competitivas na geração de energia elétrica, mostra-se relevante discorrer sobre como se dá a (pouca) regulação da atividade, analisando as atuais normas de produção de estudos de viabilidade econômica dos empreendimentos, o estabelecimento do preço teto e a competição nos leilões, de maneira a situar o problema da informação assimétrica nesse processo e suas consequências.

4. ESTUDOS NECESSÁRIOS PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM EMPREENDIMENTO HIDRELÉTRICO E INFORMAÇÃO ASSIMÉTRICA

Os estudos necessários para que um aproveitamento hidrelétrico esteja apto a ir a leilão iniciam-se com

a estimação do Potencial Hidrelétrico⁹. Estimado o potencial, segue-se o Inventário Hidrelétrico¹⁰. A próxima etapa é a realização dos estudos de Viabilidade¹¹.

Ressalta-se que todos os estudos de Viabilidade submetidos à apreciação da Aneel são avaliados quanto a sua conformidade em relação aos estudos de Inventário utilizados como referência. O art. 28, da Lei nº 9.427/1996, aliado às normas explicitadas na Resolução Aneel nº 395/1998, indica que não há previsão de exclusividade quanto à realização de estudos de Viabilidade de aproveitamentos hidrelétricos. O empreendedor, privado e/ou público, pode realizar os estudos, por sua conta e risco, e solicitar o registro destes junto à Aneel. Os estudos devem ater-se a vários critérios técnicos e o órgão regulador, após a verificação da adequação dos estudos aos critérios e condições estabelecidas, promoverá o registro destes. Nos moldes do modelo setorial em vigor, não há nenhum impedimento para que mais de um interessado realize esses estudos.

Após o registro na Aneel, cabe à Empresa de Pesquisa Energética (EPE) cadastrar e habilitar tecnicamente os empreendimentos, para fins de participação nos leilões de energia proveniente de novos empreendimentos. Para tanto, a EPE também analisa os estudos de Viabilidade, acompanhados dos documentos de aceite emitidos pela Aneel. A partir da habilitação técnica, a EPE formaliza uma lista de referência a ser encaminhada ao MME, contendo os empreendimentos habilitados para participar dos leilões de energia. À EPE também compete o cálculo do Preço de Referência de cada empreendimento hidrelétrico, a ser homologado pelo Poder Concedente. Este Preço de Referência constitui um preço teto para cada empreendimento, um preço máximo inicial para arremate por parte dos agentes interessados.

É na etapa dos estudos de Viabilidade que o empreendedor tem acesso aos dados mais relevantes quanto às possíveis configurações técnicas do empreendimento. O autor dos estudos de Viabilidade despense tempo e recursos consideráveis estudando e analisando profundamente projetos de engenharia, soluções técnicas, questões socioambientais e até mesmo arranjos financeiros que possam tornar o empreendimento viável técnica, econômica e

ambientalmente. É inegável que esse empreendedor, caso venha a participar do processo licitatório, tem uma vantagem comparativa, na forma de informação assimétrica. A despeito de os estudos apresentados à Aneel deverem ater-se a vários critérios técnicos e ainda passar por minuciosa análise pelo órgão regulador, seria ingenuidade acreditar que, no caso de o empreendedor vir a participar do leilão, ele disponibilize todas as informações de que dispõe ou as apresente com o mesmo nível qualitativo. Deve restar claro que isto não significa que os estudos apresentados sejam, necessariamente, de baixa qualidade, apenas que o empreendedor tem incentivos para guardar para si informações relevantes que possam oferecer-lhe certa vantagem competitiva no processo licitatório vindouro.

A partir dos dados constantes dos estudos de Viabilidade, o empreendedor consegue formular, considerando sua estratégia empresarial, um preço condizente com o retorno econômico por ele esperado. Nesse ponto reside uma considerável informação assimétrica entre os agentes interessados em participar do certame. O empreendedor autor dos estudos de Viabilidade tem uma vantagem temporal e qualitativa acerca das informações explicitadas nos estudos. Os estudos de Viabilidade são liberados para consulta somente após a decisão do Poder Concedente em licitar o empreendimento, enquanto o autor já os conhece, em detalhes, há algum tempo. Não há como negar que esse fato, por si só, lhe confere certa vantagem competitiva e serve, até certo ponto, como barreira de entrada a outros concorrentes. Potenciais concorrentes podem sentir-se desestimulados a participar de um certame se um dos concorrentes for o autor dos estudos de Viabilidade, pois este pode ter omitido detalhes técnicos e de custo que podem revelar-se fundamentais para a formação de uma proposta competitiva.

A título de analogia, nos termos da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), o empreendedor que realiza o projeto básico de algum empreendimento fica, automaticamente, impedido de participar do processo licitatório. Bem certo que o projeto básico de um empreendimento hidrelétrico é realizado, pelo vencedor do certame, somente após a adjudicação do objeto da licitação, contudo, a analogia mostra-se válida tendo em mente o conflito de interesses que pode estar presente nos dois casos.

Para a Lei de Licitações, o projeto básico propicia à Administração conhecimento pleno do objeto que se quer licitar, de forma detalhada, clara e precisa. Deve fornecer aos licitantes as informações necessárias à boa elaboração de sua proposta e possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. Pois bem, os estudos de Viabilidade de um empreendimento hidrelétrico devem, em suma, servir a estes mesmos propósitos: caracterizar o empreendimento, avaliar os seus custos e ainda explicitar elementos fundamentais para a elaboração de propostas por parte dos agentes interessados.

A Lei nº 8.666/1993, julgando ser inconveniente para os objetivos do certame (escolha da melhor proposta para a Administração) e buscando mitigar o problema da informação assimétrica e do conflito de interesses, veda a participação do autor do projeto básico no certame licitatório. Não seria o caso de se pensar em algo semelhante a ser aplicado aos leilões de energia do setor elétrico? Ao se permitir que os autores dos estudos de Viabilidade participem do leilão, não estaria a Administração Pública aceitando, para os leilões de energia, condições combatidas nas licitações em geral?

Repise-se que, se o autor dos estudos de Viabilidade tem intenção de concorrer no futuro leilão do empreendimento, ele tem enormes incentivos para guardar para si informações que lhe garantam vantagem competitiva na elaboração de sua proposta. Essa informação assimétrica lhe confere vantagens na licitação também quanto à formação do preço teto de leilão. É interessante para o empreendedor que o preço teto seja fixado em um patamar superior àquele que seria mais aderente à realidade do empreendimento, de sorte que, na ausência de verdadeira competição, a proposta vencedora possa aproximar-se muito do preço teto estipulado. Nesse cenário, somente ganha o empreendedor, perdendo a sociedade que arcará com um custo superior ao razoável e restando seriamente prejudicada a modicidade tarifária, um dos pilares do atual modelo do setor elétrico.

5. PREÇO TETO DE LEILÃO, COMPETIÇÃO E INFORMAÇÃO ASSIMÉTRICA

Buscando minimizar a assimetria de informação existente entre o autor dos estudos e os outros potenciais concorrentes, a EPE promove um estudo alternativo, no qual, a partir dos dados estruturantes constantes dos estudos de Viabilidade, sugere, quando cabíveis, otimizações nos arranjos de engenharia, nas soluções técnicas e nos custos apresentados. Esses estudos podem ser considerados uma tentativa de mitigar os efeitos da informação assimétrica, tanto entre os empreendedores que participarão do certame, quanto entre o autor dos estudos de Viabilidade e o próprio Poder Concedente.

Em atenção aos comandos constitucionais¹² e à luz da legislação vigente¹³, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle externo, fiscaliza as concessões de serviços públicos. Este acompanhamento incide sobre o processo de outorga e na posterior execução contratual.

Referido acompanhamento é regido pela Instrução Normativa/TCU nº 27/1998, a qual define que a fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos deve ser concomitante, sendo o seu acompanhamento realizado em estágios, mediante a análise de documentação remetida pelo Poder Concedente ou licitante, sendo que no 1º estágio são analisados, entre outros, o relatório sintético sobre os estudos de Viabilidade técnica e econômica do empreendimento e os estudos de impactos ambientais. Percebe-se que, inicialmente, o foco do controle recai exatamente sobre os estudos de Viabilidade que embasam a concessão do serviço, objetivando a verificação da consistência e razoabilidade das metodologias e premissas empregadas nesses estudos.

Nesse contexto, pode-se considerar que o TCU também atua no sentido de mitigar o problema da informação assimétrica, na medida em que é mais um ator a analisar e apresentar uma avaliação objetiva sobre os estudos de Viabilidade. Não se trata de uma instância revisora, mas sim de controle, que tem a prerrogativa de exarar determinações ou recomendações para a correção de impropriedades eventualmente detectadas no processo de quantificação do preço teto de leilão.

Tanto o Poder Concedente quanto a Corte de Contas objetivam quantificar¹⁴ o preço teto de forma a aproximá-lo o quanto possível da realidade objetiva do mercado, de forma que, em um cenário de baixa competição, o consumidor final não seja prejudicado pelo provável resultado desfavorável de um leilão de energia. Desfavorável porque, se o preço teto for descolado da realidade, a falta de efetiva competição incentivará o empreendedor a ser mais conservador em suas ofertas de lances, tendendo a haver deságios mínimos. Nesse caso, a energia será vendida por um preço superior àquele razoável e apto à proporcionar a justa remuneração do capital do empreendedor. Se o preço teto for bem equilibrado, a eventual falta de competição tenderá a não ser tão prejudicial à consecução dos objetivos do certame.

Tendo em mente que a falta de energia elétrica é um gargalo extremamente custoso ao desenvolvimento de um país e que a expansão da oferta é um tema bastante sensível ao governo e à sociedade em geral, pode-se inferir que o problema da informação assimétrica entre o autor dos estudos de Viabilidade e o Poder Concedente tende a permitir que o preço teto de leilão seja fixado em um patamar superior àquele aderente à realidade da exploração do empreendimento. O Poder Concedente e o órgão regulador, além de não terem a mesma quantidade e a mesma qualidade das informações acerca do empreendimento, não têm conhecimento preciso sobre a eficiência das firmas que competirão no certame, de sorte que há um fundado temor em se fixar o preço teto em um patamar muito baixo, irreal, levando fatalmente ao fracasso do leilão.

O fracasso de um leilão de energia, principalmente de um empreendimento prioritário para a segurança energética do país, é um cenário a ser evitado e a informação assimétrica constitui-se em um empecilho considerável na correta precificação do preço teto. Nesse sentido, deixa-se a cargo da competição a incumbência de fazer com que o resultado final do leilão seja benéfico não só ao empreendedor, mas à sociedade em geral. O problema é que essa mesma informação assimétrica pode prejudicar a competição, servindo como barreira de entrada a novos concorrentes no certame. Ante todo o exposto, é temeroso que o sucesso do atual modelo de leilões de energia reste tão dependente da competição.

6. PROPOSTA

A Empresa de Pesquisa Energética, por mandato conferido pela Lei nº 10.847/2004, deve “prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras”. Ademais, o mesmo diploma legal conferiu à EPE competência para “realizar estudos para determinação dos aproveitamentos ótimos dos potenciais hidráulicos” e “efetuar o acompanhamento da execução de projetos e estudos de viabilidade realizados por agentes interessados e devidamente autorizados”¹⁵.

Tendo em vista as competências atribuídas à EPE e dentro de uma visão estratégica da empresa para o planejamento governamental na área energética, uma possibilidade que se vislumbra poderia ser que, em projetos considerados prioritários pelo Poder Concedente, restasse à EPE a prerrogativa da realização dos estudos de Inventário e de Viabilidade. Nesse sentido já se manifestou a Corte de Contas ao recomendar ao MME que “elabore e submeta projeto de lei à Casa Civil prevendo, na hipótese de empreendimentos de geração hidrelétrica considerados prioritários, a exclusividade da EPE para realizar estudos de viabilidade [...]”¹⁶.

Não se eliminaria a importante participação privada na expansão da carteira de projetos aptos a serem leiloados e ao mesmo tempo, para aproveitamentos estratégicos, o Poder Concedente mitigaria, ao menos parcialmente, os problemas decorrentes da informação assimétrica.

O Poder Concedente deveria elencar os projetos estruturantes previamente, de forma que os empreendedores particulares saibam, com antecedência, quais são os rios e bacias considerados estratégicos, de forma a evitar o dispêndio de esforços e recursos em duplicidade.

Relativamente aos recursos necessários, salienta-se que a Lei nº 10.848/2004 reservou ao MME 3% da Reserva Global de Reversão (RGR) para custear estudos e pesquisas do setor energético, dentre estes, os estudos de Inventário e de Viabilidade.

7. CONCLUSÃO

Não há vedação para que os empreendedores que realizem os estudos de Inventário e de Viabilidade participem dos leilões de energia. Cria-se dessa forma uma possibilidade danosa de conflito de interesses, já que o empreendedor tem incentivos para reservar para si informações que lhe permitam auferir vantagens na formação de uma proposta competitiva.

Essa assimetria de informação também age em desfavor do Poder Concedente, já que, além de não ter a mesma qualidade e quantidade de informações sobre a viabilidade do empreendimento, não tem conhecimento adequado sobre a eficiência das firmas que competirão no certame, de maneira que resta um fundado temor em se fixar o preço teto em um patamar muito baixo, irreal, que definitivamente levará o leilão ao fracasso.

A competição entre os concorrentes é fundamental para a busca da modicidade tarifária e, em um cenário de baixa competição, a fixação do preço teto garante um limite acima do qual o Poder Concedente entende ser onerosa a aquisição da energia. Todavia, a assimetria de informação constitui-se em um relevante obstáculo no processo de precificação desse limite e também age como uma barreira de entrada a novos competidores, reduzindo-se potencialmente a competição.

Uma forma de mitigar esse problema poderia ser que, em projetos estruturantes e considerados prioritários pelo Poder Concedente, fosse atribuída à Empresa de Pesquisa Energética a prerrogativa da realização dos estudos. Não se eliminaria a relevante participação de empreendedores privados na expansão da carteira de projetos aptos a serem licitados e mitigar-se-ia, ao menos parcialmente, as consequências danosas oriundas da presença de informação assimétrica.

Pode-se concluir que a informação assimétrica presente na atividade de geração de energia elétrica tem o condão de prejudicar seriamente todo o sistema regulatório a que está sujeito o setor elétrico. Um dos pilares do modelo atual é a modicidade tarifária, sendo a informação assimétrica nos leilões

de energia um elemento nocivo e prejudicial à consecução desse intento. A busca da modicidade tarifária origina-se na atividade de geração e as tarifas praticadas pelos geradores impactarão diretamente na formação da tarifa paga pelos consumidores finais, de sorte que a intensa regulação imposta aos setores de transmissão e distribuição não são capazes de diluir as consequências danosas de um resultado desfavorável de um leilão de energia, materializadas por uma tarifa superior àquela que seria razoável pela energia gerada.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>.

_____. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm>.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de Dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>.

_____. Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética - EPE e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.847.htm>.

- _____. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm>.
- _____. Decreto nº 5.163, de 30 de Julho de 2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. *Presidência da República*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5163.htm>.
- _____. Ministério de Minas e Energia, CEPEL. Manual de inventário hidroelétrico de bacias hidrográficas. 3.ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2007. 683 p.
- _____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.164/2008, Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 01/10/2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 2008.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirizações, parcerias público-privadas e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GLEIZER, Simone. As negociações necessárias na regulação de serviços públicos concedidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 10., 2005, Santiago, Chile. *Anais eletrônicos...* Santiago, Chile, 2005. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/gleizer_agreg.pdf>.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis ns. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.
- LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. Assimetria de informações e regulação de mercados. In: ENCONTRO LATINO DE ECONOMIA POLÍTICA DA INFORMAÇÃO, COMUNICAÇÃO E CULTURA, 5., 2005, Bahia. *Portal RP-Bahia*: biblioteca virtual. Disponível em: <<http://www.rp-bahia.com.br/biblioteca/pdf/ClovisMontenegroDeLima.pdf>>.
- MACIEIRA, Leonardo . O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. *Revista do TCU*, Brasília, DF, ano 38, n. 110, p. 76-77, set./dez. 2007.
- MELLO, Celso. Curso de direito administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PEANO, Cláudia. Regulação tarifária do setor de distribuição de energia elétrica no Brasil: uma análise da metodologia de revisão tarifária adotada pela ANEEL. 2005. Dissertação (Mestrado em Energia) – Programa Interunidades de Pós-Graduação em Energia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- PINTO JR. Helder Q. ; PIRES, Melissa Cristina Pinto. Assimetria de informações e problemas regulatórios. Rio de Janeiro: ANP, 2000. Nota técnica. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/nota_tecnica_anp_009_2000.pdf>
- SANTACRUZ, Ruy. Fundamentos da regulação pública dos mercados. *Arché Interdisciplinar*, Rio de Janeiro, n. 29, v. 10, p. 81-101, 2001.
- SAUER, Ildo et al. A Reconstrução do setor elétrico brasileiro. Campo Grande: Ed. UFMS; São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, Pennsylvania, n. 2, Spring. 1971.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno; OLIVEIRA, Ricardo Gorini de; CAMPOS, Adriana Fiorotti. *As empresas do setor elétrico brasileiro: estratégias e performances*. Rio de Janeiro: CENERGIA, 2002.
- ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle externo das concessões de serviço público e das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

NOTAS

- 1 Não é o intuito do autor discutir se todos os serviços de titularidade estatal devem ser considerados como serviços públicos, bastando, para os propósitos deste artigo, o entendimento de que serviços de titularidade estatal e serviços públicos são sinônimos.
- 2 Ainda que a base para a delegação de serviços públicos aos agentes privados esteja normatizada no artigo 175 da Constituição Federal, a edição da Lei nº 8.987/1995 é que permitiu um processo mais sistemático de delegação desses serviços.
- 3 “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de disciplina das profissões, etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, a exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais). NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências Reguladoras e Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 4 Paralelamente à atribuição de regulação, ou pode-se dizer, como parte da competência para a regulação, às agências foram atribuídas funções amplas relacionadas à implementação e proteção da concorrência, limitadas, porém, pelas competências próprias do CADE e dos outros órgãos do sistema nacional de defesa da ordem econômica.
- 5 A firma busca o maior lucro possível, que seria o lucro de um monopólio. Já o regulador, considerando que ele não esteja capturado por nenhum grupo de interesse, objetiva a maximização do bem estar social, definido como a soma do excedente do consumidor e o lucro das firmas.
- 6 As bases do novo modelo institucional do Setor Elétrico estão consubstanciadas na Lei nº 10.848/2004.
- 7 Nos leilões de energia do Ambiente de Contratação Regulada, o Governo assume papel monopsônico, pois compra toda a energia elétrica demandada pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica. Excepcionalmente, em casos de necessidade de ajustes e em percentuais a serem definidos pelo poder concedente, as distribuidoras poderão comprar diretamente, por meio de licitação, energia elétrica fora do Ambiente de Contratação Regulada. Os empreendimentos são habilitados, dependendo do prazo de execução das obras, para participar de leilões de energia usualmente denominados A-5, A-3 e A-1, cujos produtos serão entregues, respectivamente, a partir do quinto, terceiro ou primeiro ano após o leilão.
- 8 O modelo promove uma dicotomia entre energia nova e energia velha, definindo dois tipos de leilões: Leilões de Energia Nova são aqueles para venda de energia provenientes de novas plantas geradoras, enquanto Leilões de Energia Velha são destinados para venda de energia de empreendimentos existentes.
- 9 Equivale ao potencial a ser aproveitado, tanto seja em termos técnicos, econômicos ou socioambientais, levando-se em conta um cenário de utilização múltipla da água na bacia em estudo.
- 10 Etapa caracterizada pela concepção e análise de várias alternativas de divisão de queda para a bacia hidrográfica, visando selecionar aquela que apresente melhor relação entre os custos de implantação, impactos socioambientais e benefícios energéticos. O estudo de Inventário resulta em um conjunto de aproveitamentos, suas principais características, índices custo/benefício e índices socioambientais.
- 11 Etapa na qual são efetuados estudos mais detalhados, para a análise da viabilidade técnica, energética, econômica e socioambiental que leva à definição do aproveitamento ótimo que irá ao leilão de energia. Os estudos contemplam investigações de campo no local e compreendem o dimensionamento do aproveitamento, do reservatório e da sua área de influência e das obras de infra-estrutura locais e regionais necessárias para sua implantação. Incorporam análises dos usos múltiplos da água e das interferências socioambientais. Com base nesses estudos, são preparados o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) de um empreendimento específico, tendo em vista a obtenção da Licença Prévia (LP), junto aos órgãos ambientais.
- 12 Artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988.
- 13 As licitações para contratação de energia e a outorga de concessão de novos empreendimentos de geração são regidas pela legislação setorial específica, especialmente pela Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004, pela Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, pela Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. No âmbito do TCU, a matéria está regulada pela Instrução Normativa do TCU n.º 27, de 2 de dezembro de 1998.
- 14 Importante reafirmar que o TCU não calcula ou define preço teto de leilão, somente acompanha e controla concomitantemente o processo de outorga, exarando determinações e recomendações para o saneamento de impropriedades e irregularidades eventualmente detectadas.
- 15 Lei nº 10.847, artigo 4º, incisos V e XI.
- 16 Acórdão TCU nº 2164/2008 – Plenário, item 9.2.8.

