

Capítulo VII

Aspectos normativos relativos à contratação de energia no mercado livre

*Por Marcelo Machado Gastaldo e Pablo Berger**

Para melhor entender o mecanismo das condições de fornecimento de energia elétrica aplicáveis aos consumidores finais, no Brasil, devemos ter em mente dois períodos distintos: o período anterior a 1995 e o período posterior a esse ano.

Além disso, deve-se destacar que o desenho das condições de fornecimento e formação das tarifas utilizados no Brasil, tradicionalmente, leva em conta os grupos e classes de consumidores de energia elétrica, divididos conforme a tensão de fornecimento (altas, médias e baixas tensões) e a atividade para qual a energia se destina (industrial, comercial, rural, residencial, serviço público e iluminação pública).

Pois bem. No primeiro período, ou seja, anterior a 1995, os consumidores de energia elétrica, independentemente da classe ou grupo, eram obrigatoriamente cativos, ou seja, só podiam adquirir energia da concessionária de distribuição local. Assim, o fornecimento a todos os consumidores ocorria de acordo com as normas e condições ditadas pelo governo e estruturadas pelas próprias concessionárias de distribuição, as quais eram, até então, estatais.

Dessa maneira, as condições de fornecimento de energia eram integralmente reguladas e

impostas pelo governo. Em 1995, em virtude da abertura da economia e da necessidade de criação de mecanismos de competição em meio à reestruturação do setor elétrico no Brasil, a Lei nº 9.074/95, regulamentada pelo Decreto nº 2003/96, introduziu a figura do consumidor livre. Este consumidor é aquele que pode optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica no mesmo sistema interligado, desde que atendidos alguns requisitos fixados pela própria lei, conforme níveis de demanda e/ou tensão.

Em outras palavras, consumidor livre é aquele que, atendidos os requisitos legais, tem liberdade de escolher seu fornecedor, em contrapartida ao consumidor cativo, que continuaria a ser atendido pela distribuidora local em condições reguladas pelo governo.

Nesse sentido, a Lei nº 9.074/95 estabeleceu um processo de liberalização gradativa do mercado, de maneira que, em um primeiro momento, apenas alguns consumidores passaram a ter condições de serem livres, ou seja, condições específicas de compra e venda de energia elétrica e possibilidade de negociar os próprios preços, consideradas as cargas, a tensão, o tipo de fornecedor e as condições

dos contratos de fornecimento vigentes.

Com o passar do tempo, a ideia era que todos os consumidores de energia elétrica poderiam tornar-se livres. Naquela época, o universo de consumidores livres era pequeno. Por esta razão, o artigo 15 da Lei nº 9.074 estipulou que, após o ano de 2003, o governo poderia reduzir os montantes de carga e tensão, chegando a um nível de liberalização que permitisse a todos os consumidores escolherem de quem comprar energia, negociando o seu próprio preço.

Todavia, em 2003, após a crise de abastecimento no setor elétrico brasileiro, deu-se uma nova reforma institucional e o poder público, por motivos de conveniência e oportunidade, optou por adiar a liberalização do mercado, obstruindo a redução dos montantes de carga e tensão.

Assim, atualmente, com o advento da Lei nº 10.848/04 e do Decreto nº 5.163/04, o qual a regulamentou, o regime jurídico aplicável aos consumidores livres é semelhante àquele concebido em 1995. O Decreto nº 5.163/04, por seu turno, introduziu um novo conceito, que é o do consumidor potencialmente livre, assim entendido, aquele consumidor que, a despeito de cumprir os requisitos da Lei nº 9.074/95, é atendido de forma regulada.

Na prática, os consumidores de médio e grande portes, hoje cativos, são os consumidores potencialmente livres, uma vez que continuam sendo os únicos que reúnem condições

de exercer o direito que a Lei nº 9.074/95 conferiu aos consumidores de se tornarem livres, também porque, pelo seu montante de carga, têm mais poder de barganha junto às concessionárias distribuidoras.

Conforme já apontamos, os requisitos legais e regulamentares para tornar-se um consumidor livre variam conforme níveis de demanda e/ou tensão. Os primeiros alicerces para a contratação de energia nesta modalidade foram reconhecidos pelo artigo 15 da Lei nº 9.074/95, o qual estipulou que todos os consumidores com carga maior ou igual a 10 MW, atendidos em tensão maior ou igual a 69 kV, podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com qualquer concessionário, permissionário e autorizado, no mesmo sistema interligado (após o ano 2000), ou produtor independente de energia elétrica (após 1995).

Diante deste contexto, em 1996, a Lei nº 9.427/96, ampliou o espectro de opções para que os consumidores pudessem tornar-se livres e determinou que os consumidores cuja carga seja maior ou igual a 500 kW podem comprar energia de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs), usinas de biomassa, eólica ou solar, celebrando contrato de compra e venda de energia diretamente com a usina.

Com efeito, a Resolução nº 264/98 da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) estabeleceu a grade de regras e

condições para contratação de energia pelos consumidores livres, contemplando os direitos inaugurados pelas Leis nº 9.074/95, nº 9.427/96 (alteradas pela Lei nº 10.848/04 e pelo Decreto nº 5.163/04).

A fim de assegurar o equilíbrio do mercado de energia como um todo e evitar uma perda significativa de consumidores cativos das distribuidoras, a Aneel, por meio da Resolução nº 264/98 determinou para os consumidores – (a) com demanda maior ou igual a 10 MW e tensão maior ou igual a 69 kV, ou (b) consumidores ligados após 08/07/1995, com demanda maior ou igual a 3 MW, atendidos em qualquer tensão, ou (c) ligados antes de 08/07/1995, com demanda maior ou igual a 3 MW e tensão maior ou igual a 69 kV (livres após 08 de julho de 2000) –, cujos contratos de fornecimento não contenham cláusulas de tempo determinado, que a opção por outro fornecedor somente seja válida após o prazo de 36 meses a partir da data de manifestação formal ao concessionário, ou prazo inferior, mediante acordo entre as partes.

Após esse prazo, tais consumidores poderão, ainda, optar por continuar sendo atendidos pelo mesmo concessionário de distribuição, dentro de novas condições e preços livremente negociados.

Se, de um lado, é verdade que o consumidor pode romper o contrato de exclusividade de fornecimento com a concessionária, de outro lado, também é verdade que este mesmo consumidor pode desejar voltar a ser atendido mediante tarifa regulada, tornando-se novamente um consumidor cativo. Caso exerça esta opção, de retornar à tarifa regulada, deverá fazê-la mediante aviso à concessionária, permissionária ou autorizada de distribuição local com a antecedência mínima de cinco anos, por força da Lei nº 10.848/04. Este prazo pode ser diminuído a critério da distribuidora.

A referida preocupação da legislação teve o intento de prevenir a reentrada súbita de consumidores livres no mercado da distribuidora, sem que esta esteja preparada para receber uma excessiva demanda de energia, visto que tais consumidores livres são, em geral, grandes consumidores de energia.

A par disso, note-se que a Resolução nº 264/98 determina que, em caso de eventual retorno ao antigo concessionário, de consumidor que tenha optado por outro fornecedor, ele será considerado, para fins de negociação das condições de compra e venda de energia, como consumidor livre (artigo 4º).

A nosso ver, a Resolução nº 264/98 padece de atualização pela Aneel. Veja, neste sentido, que, a Lei nº 10.848/04 vinculou o retorno do consumidor livre ao atendimento por meio de tarifa regulada. Por outro lado, aquela resolução determina que o consumidor que retornar deverá ser considerado como consumidor livre. Com isso, foi instalado um verdadeiro contra-senso no regime jurídico aplicável aos consumidores livres no Brasil, o que pode representar um transtorno para as distribuidoras no momento de fixar o preço da energia que será

fornecida a este ex-consumidor livre que desejar retornar ao seu mercado.

É importante esclarecer que um ‘consumidor livre’ não deixa de ser cliente de sua concessionária local. Esta continuará a receber pela transmissão e distribuição de toda a energia que o consumidor vier a comprar no mercado livre. Isto é, mesmo para os “clientes livres”, a concessionária local continua a ser um importante fornecedor e, portanto, continua sendo obrigada a respeitar as portarias de atendimento ao consumidor, estabelecidas pela agência reguladora.

Há ainda a possibilidade de se tornar ‘consumidor livre’ sem deixar de ser ‘consumidor cativo’. Conforme descrito anteriormente, uma das suas contas pode ser referente à parcela cativa que tiver sido mantida com a concessionária local.

A comercialização de energia pelos consumidores livres é realizada por meio de contratos bilaterais firmados entre o consumidor livre e um agente comercializador ou gerador. A liquidação destes contratos ocorre no ambiente da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), organização que, a partir da Lei nº 10.848/04, do Decreto nº 5.163/04 e da Convenção de Comercialização instituída pela Resolução Normativa Aneel nº 109/04, sucedeu ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE).

As regras e os procedimentos de comercialização que regulam as atividades realizadas na CCEE são determinados pela Aneel. Os agentes da CCEE são divididos em três categorias:

- Geração: composta pelas classes de agentes geradores concessionários de serviço público, agentes produtores independentes e agentes autoprodutores.
- Distribuição: composta pela classe dos agentes de distribuição.
- Comercialização: composta pelas classes de agentes importadores, agentes exportadores, agentes comercializadores e agentes consumidores livres.

As relações comerciais entre os agentes participantes da CCEE são regidas predominantemente por contratos de compra e venda de energia, sendo que a liquidação financeira destes contratos é realizada diretamente entre as partes contratantes.

É importante frisar que as comercializadoras atuam como intermediárias de alto nível entre geradores e consumidores, fornecendo assessoria durante o processo de migração para o mercado livre e oferecendo os melhores preços e condições após a migração. Apesar de não haver obrigatoriedade de sua contratação para que um consumidor de energia se torne livre, facilita bastante o processo, garantindo segurança a todas as partes envolvidas.

A compreensão do mecanismo de comercialização de energia pelos consumidores livres envolve também a compreensão dos ambientes de contratação introduzidos com a Lei nº 10.848/04: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL).

No Ambiente de Contratação Regulada, a CCEE garante a contratação conjunta de todos os agentes distribuidores através de leilões, visando a permitir economias de escala na compra de energia e a distribuição equilibrada dos riscos e benefícios da contratação. Os agentes da CCEE devem registrar os contratos, assim como os dados de medição dos pontos de consumo e geração. À CCEE é permitido contabilizar as diferenças entre o que foi produzido ou consumido e o que foi contratado. As diferenças positivas ou negativas são liquidadas ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD).

Em verdade, os consumidores livres atuam no Ambiente de Contratação Livre e as novas regras de comercialização esculpidas com a Lei nº 10.848/04 e o Decreto nº 5.163/04, determinaram que a Aneel e a CCEE aprovarão as quantidades de energia elétrica a serem contratadas para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, incluídas as necessidades dos consumidores livres. Ou seja, os consumidores livres devem informar à CCEE a quantidade de energia necessária para atendimento a seu mercado ou sua carga e os contratos de compra e venda de energia firmados por estes consumidores devem ser registrados na CCEE.

Ressalta-se que, por força da Lei nº 9.074/95, os consumidores livres e seus fornecedores têm assegurado o livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de

concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento dos custos de conexão e de transporte envolvidos. Por assim dizer, além dos valores pagos pela compra de energia propriamente dita, os consumidores livres devem pagar pelos custos do transporte, bem como pelos encargos da conexão ao sistema.

Bibliografia

ALBINO, Jean Carlo. *A crise e o mercado livre de energia*.

BARRIONUEVO, A. *Energy Trading, Post-Enron*. In: *New York Times*, 15 jan. 2009.

Conceitos sobre o Mercado Livre de Energia. Disponível em: <http://www.engcomp.com.br>;

Mercado Livre. Disponível em: http://www.icomercializadora.com.br/mercado_livre/mercado_livre.htm.

O Livre Mercado de Energia Elétrica Brasileiro – Parte IV: as

Comercializadoras. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/>.

* **MARCELO MACHADO GASTALDO** é advogado, especialista em direito em energia elétrica e diretor jurídico do GrupoCom. **PABLO BERGER** é advogado e coordenador do Comitê Legal da Câmara Britânica de Comércio e Indústria (BRITCHAM)

CONTINUA NA PRÓXIMA EDIÇÃO

Confira todos os artigos deste fascículo em www.osetoreletrico.com.br
Dúvidas, sugestões e comentários podem ser encaminhados para o e-mail redacao@atituedeeditorial.com.br