

OS DESAFIOS JURÍDICOS PARA MIGRAÇÃO AO AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE DE ENERGIA ELÉTRICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: QUAIS SÃO E COMO SUPERÁ-LOS?

Lucas de Faria Rodrigues¹

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir os aspectos jurídicos da migração de uma autarquia estadual para o Ambiente de Contratação Livre (ACL) de energia elétrica. Diante desta finalidade, buscou-se analisar quatro distintos eixos: (i) a viabilidade de uma autarquia ingressar no ACL; (ii) a necessidade de realização de licitação; (iii) a possibilidade de uma autarquia estadual abrir conta em banco que não seria o agente do tesouro estadual; (iv) a possibilidade de a autarquia constituir garantias para oferecimento tanto à Câmara de Compensação de Energia Elétrica (CCEE), como aos comercializadores de energia elétrica quando da contratação. A conclusão apontou a possibilidade de migração, com resultados potencialmente muito positivos à Administração Pública.

Palavras-chave: Energia Elétrica; Ambiente de Contratação Livre; Administração Pública

Sumário: 1 – Introdução; 2 – (Brevíssimos) Aspectos gerais do modelo do setor elétrico brasileiro; 3 – É possível que o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo,

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

uma autarquia estadual, migre para o ACL?; 4 – Ao efetuar a contratação das empresas fornecedoras, é essencial a realização de licitação, em especial à luz do artigo 24, inciso XXII da Lei federal no 8.666/1993?; 5 – Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?; 6 – Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?; 7 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

Trabalhar na Administração Pública – mais especificamente em um órgão de Advocacia Pública – traz cotidianamente o desafio de analisar modelos jurídicos de contratação absolutamente novos – ao menos considerando o acervo de estudos já produzidos no âmbito do Estado. Estamos diante, aqui, de mais um destes casos. Este trabalho foi elaborado a partir de uma ampla pesquisa efetuada no âmbito da Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (HCFMRP-USP), autarquia estadual, diante de uma demanda dos órgãos superiores da entidade para viabilização do seu ingresso no Ambiente de Contratação Livre² (ACL) de energia elétrica, em razão da potencial economia gerada pela migração³.

Embora tenham sido identificados modelos exitosos no Estado de São Paulo, o foram em empresas estatais (SABESP⁴, METRO⁵, CPTM⁶). Não

2 Poderei referir ora a Mercado Livre de Energia (MLE), ora a Ambiente de Contratação Livre (ACL), como sinônimos, sem preocupações mais técnicas. O ACL se contrapõe ao Ambiente de Contratação Regulado (ACR), em que o fornecedor é cativo e os valores já são pré-estabelecidos, como se verá mais à frente neste artigo.

3 Este trabalho gerou o Parecer CJ/HCRP nº 432/2017, prolatado nos autos do Processo HCRP nº 6195/2017.

4 Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

5 Companhia do Metropolitano de São Paulo.

6 Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

havia precedentes na *administração direta*, tampouco na *administração autárquica* – o caso do HCFMRP-USP⁷. Disto decorre outra consequência igualmente relevante: não havia, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, precedentes que pudessem servir de amparo para a migração pretendida.

Toda a discussão foi travada em um contexto de absoluta recessão econômica, no qual o contingenciamento orçamentário e as medidas de austeridade vinham sendo a regra no Estado. Vislumbrada a possibilidade técnica, caberia aprofundar e enfrentar alguns dos principais dilemas jurídicos do modelo⁸. Entretanto, o resultado desta pesquisa pode potencialmente beneficiar outros órgãos do Estado, o que justificou enriquecer aquele outrora *parecer jurídico* e transformá-lo em um *artigo jurídico*.

Sem prejuízo de aqui se mostrar necessário uma breve contextualização sobre o modelo do setor elétrico brasileiro, até para permitir a compreensão dos tópicos essenciais enfrentados no artigo, a consulta originária, por assim dizer, pairou sobre quatro questões básicas, que, como não poderia deixar de ser, serão parte do roteiro do trabalho⁹:

- i. Seria possível, sob o aspecto legal, que o HCFMRP-USP migrasse para o ACL?
- ii. Há necessidade de realização de licitação para contratação das empresas fornecedoras ou a licitação seria dispensável à luz do artigo 24, inciso XXII, da Lei federal nº 8.666/1993?
- iii. Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?

7 Mais recentemente, por meio de um julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC-002645/003/07) tivemos a notícia da contratação exitosa por parte da Universidade Estadual de Campinas, que, entretanto, goza de autonomia e não se submete ao Governo do Estado de São Paulo.

8 Embora evidente, necessário se fazer uma ressalva metodológica. A migração para o ACL envolve diversas variáveis técnicas e econômicas (por exemplo, regras sobre a demanda e tensão mínimas a serem contratadas) que não constituem nosso objeto de análise, embora possamos a elas fazer referências quando exigido para compreensão dos aspectos jurídicos abordados. Focaremos, portanto, nos quesitos formulados, atinentes às variáveis jurídicas do modelo.

9 Estas questões foram originalmente formuladas em consulta encartada no Processo HCRP nº 6195/2017.

- iv. Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?¹⁰

Diante destas características peculiares, este artigo focará menos em apresentar e delinear o modelo regulatório do setor de energia elétrica, mais em enfrentar os pontos específicos ligados à participação da Administração Pública no ACL. Trata-se de artigo alicerçado na prática, com a preocupação de compartilhar com os demais órgãos do Estado a estratégia jurídica adotada para, eventualmente, estimulá-los a iniciar avaliações voltadas à adoção deste modelo¹¹.

2. (Brevíssimos) Aspectos gerais do modelo do setor elétrico brasileiro

A década de 1990 foi marcada por reformas regulatórias em diversos setores da infraestrutura brasileira, uma delas ocorrida no setor elétrico. Até então a marca era o monopólio e *“as mudanças inseridas foram calcadas na inserção da competição em um setor tradicionalmente marcado pela sua ausência”*¹². Consequência desse novo modelo foi a desverticalização, mantinham-se as atividades de transmissão e geração

10 Em relação a este quesito, a consulta trouxe a seguinte complementação: *“Especificamente em relação à 4ª questão alguns apontamentos complementares. No tocante à garantia oferecida à CCEE, esta é obrigatória, sem a qual seria inviável o ingresso no mercado. No tocante à garantia oferecida pela Administração ao comercializador, embora não seja obrigatória, pode ser elemento essencial ao ingresso. Isso porque neste modelo de negócio, a distribuição segue sendo efetuada pela concessionária de energia (no caso do HC, a CPFL). Por outro lado, o comercializador não tem a prerrogativa do “corte” pois esta permanece com a concessionária. Neste cenário, sobretudo considerando o histórico de “atrasos” da instituição, o não oferecimento de garantia (contrariando prática corriqueira do mercado, praticada, por exemplo, pela SABESP) poderá afastar potenciais interessados ou, no limite a prática de valores desarrazoados pelos fornecedores”*.

11 Recomendamos, àqueles leitores interessados em compreender melhor o funcionamento do Mercado Livre de Energia, de forma didática e simples, consultarem o site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) – www.ccee.org.br – e a Cartilha elaborada pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – disponível em http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel_Cartilha_MercadoLivre_V9.pdf (acesso em 16.09.2017).

12 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 57.

reguladas, mas em regime de monopólio – natural, dada a especificidade técnica destas atividades –, entretanto introduzia-se competição na geração e transmissão¹³. Este movimento nacional refletia uma tendência internacional daquele momento histórico:

Os caminhos trilhados nos diferentes países respeitam as particularidades de cada um, porém, é possível identificar alguns pilares comuns às diversas reformas ocorridas ao redor do mundo, tais como a criação de agências reguladoras, a introdução do livre acesso ao sistema de transporte de energia (transmissão e distribuição), a criação de um mercado livre, no qual consumidores e produtores negociam abertamente seus contratos de compra e venda de energia, a busca por elevar o número de agentes aptos a participar do processo de oferta de energia, reduzindo a possibilidade de abuso de poder de mercado por parte do segmento de produção de energia, e a criação de uma instituição destinada a operar o mercado de energia elétrica¹⁴.

Focamos aqui, como na salientado na introdução, em um destes pilares, o funcionamento do mercado livre de energia elétrica e à possibilidade de a Administração Pública integrá-lo, ao qual passamos a dedicar estas linhas gerais.

Com efeito, no Brasil invariavelmente se contrata energia elétrica por um entre dois modelos possíveis: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL).

O ACR é o ambiente de contratação das empresas distribuidoras de energia, que adquirem energia elétrica para atender às necessidades de seus consumidores cativos – consumidores que não tem o direito de escolher o fornecedor de energia e que compra energia diretamente do distribuidor ao qual estão conectados, pagamento tarifas reguladas pela ANEEL¹⁵.

13 Cf. TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015, p. 6.

14 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 57-58.

15 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia*

Por outro lado

O ACL é o ambiente de contratação dos consumidores livres e especiais, que podem escolher seu fornecedor de energia elétrica. Esses consumidores têm liberdade de negociar com os agentes vendedores volumes de energia, prazos, preços, garantias financeiras, dentre outros itens que constituem um contrato de compra e venda de energia elétrica¹⁶.

Dentro do ACL, um dos principais atores é a Câmara de Compensação de Energia Elétrica (CCEE), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, criada com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica (artigo 4º da Lei federal nº 10.848/2004)¹⁷. Neste contexto,

Elétrica. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 60.

16 NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012, p. 61.

17 São atribuições da CCEE, nos termos do artigo 2º do Decreto federal nº 5.177/2004:

- I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL;
- II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações;
- III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL;
- IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica;
- V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado;
- VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;
- VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e
- VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização.
- IX - efetuar a estruturação e a gestão do Contrato de Energia de Reserva, do Contrato de Uso da Energia de Reserva e da Conta de Energia de Reserva
- X - celebrar o Contrato de Energia de Reserva - CER e o Contrato de Uso de Energia de Reserva - CONUER.
- XII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização;

todos os interessados deverão estar registrados como agentes na CCEE, aportar as garantias exigidas, pagar as taxas devidas, dentre outras obrigações – em outras palavras, operar a compra e venda dentro do ambiente da CCEE, seguindo suas regras. A saída do HCFMRP-USP do ACR para o ACL pressupõe seu enquadramento às regras estabelecidas, razão pela qual é impositivo examinar tal processo à luz de inúmeros aspectos jurídicos, reunidos nas questões que assinaladas ainda na introdução.

3. É possível que o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, uma autarquia estadual, migre para o ACL?

Esta, talvez, seja dentre as questões apresentadas aquela de menor complexidade e a resposta parece-me positiva. Por certo, a solução aos outros três questionamentos estará de certa forma imbricada com a do primeiro: ora, a eventual existência de barreiras insuperáveis no tocante à contratação de garantias e à abertura de conta junto ao Bradesco, por exemplo, pode significar a inviabilidade da migração pretendida pelo HCFMRP-USP. Trata-se, agora, de questionamento preliminar; presente algum obstáculo, o projeto estaria desde logo condenado.

Com efeito, as normas que regulamentam os serviços de energia elétrica não estabelecem qualquer distinção para ingresso no MLE segundo a natureza do consumidor, se uma pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado. Neste sentido, os critérios de distinção (ou de ingresso) existem, mas estão relacionados à carga e à tensão, conforme se verifica pelos artigos 15 e 16 da Lei federal nº 9.074/1995 – os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV podem fazer tal opção (artigo 15, § 2º). Os requisitos são técnicos e, uma vez superados, **não impossibilitam o acesso aos entes da Administração**¹⁸.

XIII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização;

XIV - efetuar a gestão administrativa dos recursos financeiros da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC e da Reserva Global de Reversão - RGR

18 Como veremos mais à frente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui precedentes

Tal questão, ainda que de forma lateral, ficou pacificada no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer PA nº 18/2003, que discutia o enquadramento da contratação de energia elétrica – se uma hipótese de inexigibilidade de licitação (Artigo 25 da Lei federal nº 8.666/1993) ou de dispensa de licitação (Artigo 24, inciso XXII, da Lei federal nº 8.666/1993).

4. Ao efetuar a contratação das empresas fornecedoras, é essencial a realização de licitação, em especial à luz do artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993?

Trata-se de outra questão não tão tormentosa, em razão da existência de uma hipótese específica de dispensa de licitação, trazida pelo artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993, segundo o qual é dispensável a licitação *“na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”*.

A dúvida sobre o enquadramento das contratações de energia elétrica no artigo 25 ou 24 levou a fixação de posicionamento pela Procuradoria Geral do Estado, ainda no ano de 2003, sintetizada no despacho de aprovação do Parecer PA nº 18/2003:

(...)

Ao considerar dispensável a licitação, o legislador parte do pressuposto de ser, em tese, possível a competição. Faculta-a, porém, a significar, como enfatizado pelo parecer, que, não obstante possível a competição, a licitação não é obrigatória.

A distinção, portanto, entre licitação dispensável ou inexigível impõe ao administrador a consideração da situação fática concreta. Se a aquisição de determinada coisa somente é possível de um fornecedor único, ainda que ele seja um concessionário, permissionário ou autorizado, a hipótese é de inexigibilidade e não de dispensa. Se o fornecimento, v. g., de energia elétrica apenas pode, em dada região, local,

em que julgou regular a aquisição de energia elétrica no MLE por empresas estatais e pela Universidade Estadual de Campinas.

condições etc., ser contratada com o único concessionário, permissionário ou autorizado ali existente, a hipótese concreta é de inexigibilidade e não de dispensa, porque esta pressupõe uma competição que, no exemplo figurado, não há. A despeito do texto legal, a definição sobre se determinada hipótese é de inexigibilidade ou de dispensa demanda a apreciação do caso concreto.

Embora pudesse ser reconfortador ter uma posição institucional clara sobre o assunto, não era possível deixar de buscar outros elementos, porque desde a prolação do parecer já havia se passado mais de 14 anos – projeções que se faziam de um mercado ainda “jovem”, hoje podem ser encaradas a partir de outra perspectiva – e, principalmente, porque a migração para o ACL impunha o exame de outras tantas variáveis.

Pois bem, ainda na redação antiga do dispositivo¹⁹, Carlos Ari Sun-
dfeld, em artigo publicado em 2001, defendia que o inciso XXII do artigo 24 (Lei federal nº 8.666/1993) aplicar-se-ia para a situação de um concessionário de distribuição de energia elétrica “*adquirir seu insumo (a energia elétrica) sem realizar o processo de licitação, pois o mesmo foi afastado pela própria lei, em favor de outros procedimentos específicos ao setor*”²⁰.

Sem prejuízo do enorme respeito de que é digno o ilustre administrativista, não me parece ser esta a leitura mais adequada. Ora, a pretexto de interpretar, não pode o intérprete inserir elementos que não estão contidos na norma, sob pena substituir o próprio legislador. Na posição citada acima, a restrição é extraída de um dispositivo legal que, nos limites intrínsecos à sua literalidade, não traz qualquer impedimento à aplicação pretendida nestes autos: um ente da Administração contratando no MLE. O dispositivo legal não limitou sua incidência aos “*concessionários de energia elétrica*”, previu, indistintamente, a dispensa para

19 O inciso XXII do artigo 24 foi inserido pela Lei federal nº 9.648/1998, com a seguinte redação: “*na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica*”. Referido dispositivo foi alterado pela Lei federal nº 10.438/2002, para aquela redação até hoje vigente, que inseriu a menção a gás natural – “*na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica*”.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. *Os contratos de fornecimento de gás e o dever de licitar*. IP – Interesse Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul/set 2001, p. 9.

situações em que a Administração adquiere energia elétrica de um “*concessionário, permissionário ou autorizado*”.

O texto legal (teor literal) delimita o processo de concretização, apontando os limites para atuação do intérprete. “*O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. e., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis*”²¹. A interpretação gramatical, porém, não terá como produzir a norma por si mesma, sempre recorrerá a outros elementos (em graus distintos). Quando se extrai do artigo 24, inciso XXII uma condição (ser o adquirente um concessionário de distribuição), está a se inserir requisito não previsto no texto legal, vale dizer, está a se criar uma nova regra e não simplesmente se concretizando ou interpretando um comando legislativo posto.

Em questões como essa, sempre importante se reportar a uma preciosa e clássica lição de Carlos Maximiliano:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas.

Em suma, o que se debate diz respeito aos limites atribuídos ao intérprete. Se o legislador não restringiu, deliberadamente, não seria facultado ao intérprete fazê-lo, em casos nos quais o texto da norma é cristalino.

Nada obstante, a redação do dispositivo legal mencionado parece-me inequívoca, sem modificações textuais ou fáticas no seu contexto de aplicação que pudessem caracterizar eventual superação do precedente outrora firmado pela Procuradoria Geral do Estado.

Não entendo que a faculdade trazida no dispositivo debatido represente uma carta branca nas mãos do Administrador, que permitiria eventualmente contratar em valores ou condições desvantajosas. A um, isso violaria princípios constitucionais fundamentais aplicáveis à Administração Pública e esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. A dois,

21 MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

contrariaria norma expressa da Lei federal nº 8.666/1993, que no artigo 26 exige não só justificativa prévia à contratação, mas também (e não exclusivamente) razão da escolha do fornecedor e justificativa de preço.

Para corroborar este entendimento, prudente consignar a lição de um importante administrativista sobre o tema, Marçal Justen Filho:

Também no intento de afastar controvérsias, o dispositivo alude a contratação de fornecimento ou de suprimento. Ou seja, trata-se de reconhecer que não se aplicam as normas de licitação tanto aos casos em que a entidade administrativa fornece a terceiros energia elétrica como nos casos em que há a aquisição da referida energia. A distinção é relevante porque uma pluralidade de empresas estatais atua no setor elétrico nos setores de geração, transmissão e distribuição. Por outro lado, toda e qualquer entidade administrativa necessita aprovisionar-se de energia elétrica.

(...)

Ressalta-se que a dispensa de licitação não significa a ausência absoluta de procedimentos seletivos e competitivos. A regulação do setor elétrico prevê mecanismos competitivos específicos, cuja aplicação poderá ser obrigatória²²

Com efeito, é igualmente esclarecedora a Nota Técnica produzida pela SABESP nos autos do TC-039741/026/12 (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo), cujo resultado foi a regularidade da contratação (portanto, acolhida pela Corte de Contas), da qual peço vênia para extrair os principais argumentos:

Conforme citado anteriormente, a contratação de energia elétrica foi realizada com respaldo no inciso XXII do art. 24 da Lei 8.666/93, que autoriza dispensa de licitação “na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”, e a legislação específica, no caso sujeita contratos dessa natureza à livre negociação.

Para certeza do que se diz, tome-se o teor da Lei 9.648/98, que promo-

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 458-459.

veu a reforma do setor energético nacional, que dispôs no seu artigo 10, caput, o seguinte: “Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados”.

Esta é a razão pela qual a Lei 8.666/93 estabelece ser dispensável o procedimento licitatório na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica, com concessionário permissionário ou autorizado.

Na ocasião da elaboração da Lei 9.648/98, houve uma discussão prévia acerca da hipótese de inclusão de dispensa de procedimento licitatório. À ocasião, o mercado de energia elétrica passara a contar com a participação dos produtores independentes de energia elétrica. Exercem eles atividade regulada por lei e sob a autorização e fiscalização da ANEEL. Por outro lado, a energia elétrica é negociada em um mercado em que os parâmetros para a fixação do preço por MWh é conhecido, sem mencionar o fato de ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários ou autorizados. Na verdade, a opção de modelagem do setor elétrico, quando de sua reestruturação, foi a de liberdade de negociação ao nível dos geradores, focando-se o controle de preços ao nível da distribuição. Por essa razão, criou a ANEEL mecanismo destinado a controlar o repasse do custo da energia adquirida entre concessionários e autorizados para as tarifas de fornecimento aplicáveis aos consumidores cativos, visando a garantir a modicidade destas, sem que isso caracterize um rompimento com o princípio de liberdade de negociação antes mencionado. Portanto, a dispensa de licitação, nos casos aqui mencionados, se deu pelo fundamento de que a estruturação do setor elétrico era, por si só, suficiente para assegurar os mesmos resultados pretendidos pela licitação. (grifo nosso)

Diante do exposto, a aquisição de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado prescinde de licitação, por força de disposição expressa da Lei federal nº 8.666/1993. Entretanto, tal fato não afasta a necessidade de uma robusta justificativa de preços, seja pela obtenção de cotações com um número elevado de fornecedores, seja pela fixação de um procedimento simplificado de avaliação das propostas. Demais disso, por ser dispensável, nada obsta a entidade da Administração, como o HCFMRP-USP, proceda à licitação, embora com as dificuldades inerentes à aplicação da licitação clássica à contratação no ACL (morosidade; dificuldade de manutenção das propostas por fornecido-

res por longos períodos de tempo, dada variação intrínseca ao mercado; diminuição potencial no número de “players”, etc.)²³.

5. Considerando que um dos requisitos para ingresso no ACL é a abertura de uma conta junto ao Banco Bradesco, o denominado agente de liquidação e custódia, haveria algum impedimento para tanto, tendo em vista que o Banco do Brasil é o agente do tesouro estadual?

Por força do Decreto estadual nº 60.244/2014 e em “*em consonância com o artigo 164, § 3º da Constituição Federal, o Banco do Brasil S.A. manterá a condição de agente financeiro do tesouro estadual, em continuação ao originalmente previsto na Lei nº 13.286, de 18 de dezembro de 2008*” (artigo 1º). Esta condição restou disciplinada no Acordo Base de Parceria Institucional firmado entre o Estado de São Paulo e o Banco do Brasil S.A. (artigo 2º), cuja adesão é obrigatória às entidades da Administração Indireta (artigo 4º). Ainda nos termos deste decreto, “*o exercício da função de agente financeiro do tesouro estadual poderá abranger a prestação de serviços financeiros e a execução de atividades bancárias correlatas de interesse da administração pública, combinado com a exploração de oportunidades de negócio, quando justificável pela maior segurança operacional, eficiência econômica e comodidade dos usuários*” (artigo 3º).

A disciplina segue com a edição do Decreto estadual nº 62.297/2016, estabelecendo que “*Os pagamentos de despesas, obrigações ou responsabilidades de qualquer natureza, inclusive os decorrentes de decisões*

23 Como será visto ao longo deste artigo, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem se posicionado em inúmeros precedentes (TC nº 035926/026/04, julgado em 21/02/2006; TC nº 039741/026/12, julgado em 25/11/2014 e TC nº 012355/026/05, julgado em 29/08/2005) favoravelmente ao processo de aquisição de energia no ACL por meio de dispensa de licitação. Embora mais recentemente, no julgamento do TC-002645/003/07 (julgado em 04/07/2017) tenha *recomendado* a realização de processo licitatório (mas ainda assim julgado regular a dispensa de licitação), pessoalmente entendo que um procedimento simplificado de competição pode ser mais recomendável à luz das peculiaridades do mercado, garantindo assim “competição” efetiva, isonomia entre os interessados e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, mas sem perder de vista a faculdade estabelecida pela norma de não aplicar as regras clássicas de contratação por meio de licitação, por ser ela dispensável. Demais disso, com a devida vênia, o Tribunal de Contas não tem a prerrogativa de fazer recomendações que contrariem disposição legal expressa, que neste caso afastam a incidência da licitação.

judiciais, de serviços da dívida pública ou de transferências, processados pelos órgãos que integram a Administração Direta do Estado, deverão ser executados exclusivamente pelo Banco do Brasil S.A., na forma estabelecida por este decreto” (artigo 1º).

Já o Acordo Base, traz todo o detalhamento desta relação, especificando de forma objetiva os serviços contemplados. Pois bem, analisando as normas regulamentadoras e o Acordo Base verifica-se que as operações realizadas junto ao Bradesco, no que toca à atuação no MLE, não foram abrangidas. E nem poderia ser diferente, pois o Banco Bradesco foi eleito pela CCEE como o Agente de Liquidação e Custódia exclusivo – para ingressar no MLE é essencial abrir uma conta específica na Agência Trianon²⁴. Para compreender adequadamente o papel do Banco Bradesco nesta operação, cumpre citar trecho extraído do *site* da CCEE²⁵:

“As relações comerciais entre os agentes participantes da CCEE são regidas por contratos de compra e venda de energia, sendo que a liquidação financeira desses contratos é realizada diretamente entre as partes contratantes, por meio de condições livremente negociadas.

As operações realizadas no âmbito da CCEE são contabilizadas e liquidadas de forma multilateral, não havendo indicação de parte e contraparte. Um agente em posição credora recebe seu crédito de todos os devedores do mercado e não de um agente devedor específico. Em contrapartida, um agente devedor efetua o pagamento a todos os credores e não especificamente a um ou outro agente credor.

A liquidação financeira é realizada mensalmente pela CCEE e marca o momento de pagamento e recebimento dos débitos e créditos apurados pelo processo de contabilização.

24 “Para fins da Liquidação Financeira, o Agente da CCEE deverá cumprir as seguintes obrigações: 4.1 abrir conta-corrente, utilizando o mesmo CNPJ informado no termo de adesão na CCEE, junto ao Agente de Custódia e ao Agente de Liquidação, Banco Bradesco S/A, Agência 0895-8 Trianon Urb SP, localizada na Avenida Paulista, 1249, CEP: 01311-200 São Paulo – SP. Por tratar-se de uma conta corrente específica para realização da Custódia das Garantias e da Liquidação Financeira, esta exigência aplica-se a todos os Agentes da CCEE, mesmo aos que já possuam conta corrente junto ao Banco Bradesco S.A”. (Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 25.05.2017) – fls. 125/132.

25 Disponível em https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/liquidacao?_afLoop=85655279854491#%40%3F_afLoop%3D85655279854491%26_adf.ctrl-state%3Dsqsdbwfu9_4, acesso em 11.02.2017.

A operação de tais compensações é realizada por uma instituição financeira autorizada pelo Banco Central, contratada pela CCEE, que recebe valores devidos num dia e credita os valores aos credores no outro dia.

A CCEE não é contraparte na liquidação, tendo somente o papel de viabilizar a realização das compensações financeiras. Não há emissão de notas fiscais pela CCEE aos agentes, e os resultados das operações são divulgados por meio de relatórios mensais”

Portanto, seja porque o serviço pretendido não está abrangido no Acordo Base, seja porque o Banco do Brasil nem mesmo presta este serviço, em razão da exclusividade prevista ao Banco Bradesco, não há qualquer óbice legal à contratação pretendida. No mais, ainda que não questionada diretamente, essa contratação seria efetivada por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, *caput*, da Lei federal nº 8.666/1993 (inviabilidade de competição).

6. Considerando a necessidade de oferecimento de garantias obrigatórias junto à CCEE e a possibilidade de oferecimento de garantias aos fornecedores de energia elétrica, por parte da Administração, haveria algum impedimento legal para tanto?

Para bem analisarmos a viabilidade legal de o Poder Público (autarquia) contratar garantia para assegurar seu ingresso no Ambiente de Contratação Livre (garantias vinculadas à CCEE) e para afiançar o pagamento ao *fornecedor* (especificamente no contrato de fornecimento de energia elétrica), devemos superar uma série de pontos preliminares para, ao final, propor uma resposta à questão essencial da consulta.

6.1. O que devemos entender como garantia?

Quando utilizamos o termo *garantia* podemos estar nos referindo a diversas acepções doutrinárias e legais. O gênero garantia inclui “qualquer caução destinada a conferir segurança ao pagamento, quer oferecida pelo próprio devedor, em adição à garantia genérica que o seu próprio patrimônio configura, quer por terceiro, estranho à obrigação principal”²⁶. Esse é o mesmo sentido adotado na definição da Lei com-

26 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333 (comentários de

plementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal): “*compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada*” (artigo 29, inciso IV). A ideia central por trás deste conceito (e que interessa a este artigo) é a de **segurança** – certeza de que o devedor adimplirá sua obrigação.

6.2. Quais as garantias exigidas para que o interessado ingresse no Ambiente de Contratação Livre?

Este é outro ponto a se esclarecer. “*O consumidor livre deve realizar aporte obrigatório de garantias financeiras na CCEE. Exigências nesse sentido também podem ser feitas pelo vendedor da energia*”²⁷. Há, como pode se ver, duas garantias cabíveis: uma obrigatória (sem a qual o interessado não ingressa no mercado livre), a outra, embora não obrigatória, decorrente da dinâmica do *Ambiente de Contratação Livre*.

As garantias financeiras prestadas à CCEE, obrigatórias, decorrem de imposição legal, nos termos da Lei federal nº 10.848/2004:

Art. 1º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

(...)

§ 6º A comercialização de que trata este artigo será realizada nos termos da Convenção de Comercialização, a ser instituída pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que deverá prever:

I - as obrigações e os direitos dos agentes do setor elétrico;

II - as garantias financeiras;

III - as penalidades; e

IV - as regras e procedimentos de comercialização, inclusive os relativos ao intercâmbio internacional de energia elétrica.

Misabel Abreu Machado Derzi).

27 ABRACEEL – Cartilha Mercado Livre de Energia, disponível em http://www.abraceel.com.br/archives/files/Abraceel_Cartilha_MercadoLivre_V9.pdf, acesso em 25.05.2017.

Com fundamento na lei e também no Decreto federal nº 5.177/2004, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL editou a Resolução Normativa nº 109/2004, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Nos termos do artigo 17, inciso III, os **Agentes da CCEE**²⁸ deverão efetuar o aporte de Garantias Financeiras²⁹ para a realização de operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo. Assim, para poder operar junto à CCEE, necessariamente deverá o consumidor livre constituir estas garantias (que aqui vamos denominar de **garantia de integração ao mercado**).

Entretanto, pode ser necessário que os comercializadores exijam garantia de adimplemento das obrigações de pagamento pela energia contratada – o que aqui vamos denominar de **garantia de pagamento**. Tal garantia também possui previsão expressa na regulamentação da ANEEL. Nos termos do artigo 4º, § 3º da Resolução Normativa nº 109/2004, “*A contratação de energia elétrica no ACL será formalizada mediante Contratos Bilaterais*³⁰ *livremente pactuados, que deverão prever, entre outras disposições, montantes de energia e de potência, prazos, preços e Garantias Financeiras*”.

Tal previsão tem uma razão óbvia: se no Ambiente de Contratação Regulado o consumidor contrata diretamente com a distribuidora e paga conjuntamente pela energia, transmissão e distribuição, no Ambiente de Contratação Livre as faturas são separadas – mantém-se duas “contas”, com o pagamento da distribuidora de um lado (o denominado coloquialmente “uso do fio”) e a fornecedora de outro. Assim, o fornecedor de energia elétrica não possui “o poder do alicate” – denominação informal para a “prerrogativa de corte de energia elétrica”. Por esta razão, deve ele se proteger para o caso de eventuais inadimplementos.

28 Agentes da CCEE - Concessionário, permissionário, autorizado de serviços e instalações de energia elétrica e **consumidores Livres** integrantes da CCEE (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

29 Garantias Financeiras - Meios, executáveis extrajudicialmente, com que se assegura o cumprimento de uma obrigação de pagamento (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

30 Contrato Bilateral – instrumento jurídico que formaliza a compra e venda de energia elétrica entre Agentes da CCEE, tendo por objeto estabelecer preços, prazos e montantes de suprimento em intervalos temporais determinados (artigo 1º da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, aprovada pela Resolução Normativa ANEEL nº 109/2004).

Claro, não desconheço que a lógica do mercado é a livre negociação e estipulação – porém, quanto menores as garantias, maiores os preços, ou, no limite, maiores as chances de inexistir interessados, em razão das peculiaridades da Administração Pública enquanto consumidora. Basta examinar atentamente o caso do HCFMRP-USP (e do Estado como um todo), que frequentemente deixa de efetuar pagamentos tempestivos das suas contas de energia elétrica enquanto consumidor cativo.

6.3. Há alguma regulamentação clara sobre a possibilidade de o poder público oferecer garantias para assegurar o adimplemento das suas obrigações?

A Lei de Responsabilidade Fiscal, além de trazer uma definição legal para *garantia*, dedica uma seção inteira ao tema da *garantia* e da *contragarantia* (Seção V), inserida no Capítulo VIII – *Da Dívida e Do Endividamento*. Um olhar mais desatento poderia, em princípio, apontar inúmeros entraves à contratação, o que não parece se sustentar quando avançamos em um exame mais cuidadoso da matéria.

Neste exame mais superficial, as normas ali descritas trariam diversas barreiras à constituição da **garantia de integração do mercado** e da **garantia de pagamento**, por exemplo: (i) A garantia estaria condicionada ao oferecimento de contragarantia (artigo 40, § 1º); (ii) É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal (artigo 40, § 5º); (iii) É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recursos de fundos (artigo 40, § 6º).

Seriam estas regras aplicáveis ao caso específico de contratação no ACL? Quer me parecer que não. Todas estas previsões estão inseridas no artigo 40, cujo *caput* é claro ao delimitar seu alcance: garantias concedidas em operações de crédito³¹.

Definitivamente não se trata, aqui, de operação de crédito, definida pela mesma lei como “*compromisso financeiro assumido em razão de*

31 Art. 40 - Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros” (artigo 29, inciso III). Tampouco se trata de “*assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16.*”, o que se equipara à operação de crédito nos termos do artigo 29, § 1º.

O que se faz aqui, única e exclusivamente, é a garantia de pagamento futuro (por imposição legal ou regulamentar), de obrigação correspondente a uma contraprestação específica, o que não se enquadra em nenhuma das hipóteses descritas acima. Seria verdadeiramente uma garantia concedida em operação comercial regular (a contratação de energia elétrica) ou para assegurar a quitação das obrigações junto à CCEE, por meio do Agente de Custódia por ela designado (o Banco Bradesco), conforme já explicitado. Mês a mês a instituição deverá quitar suas obrigações, por meio do pagamento da fatura emitida pelo fornecedor de energia e por meio do pagamento dos débitos da CCEE (com a manutenção do montante necessário na conta aberta junto ao Bradesco, no dia da liquidação).

Demais disso, tal dispositivo (artigo 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal) seria voltado à disciplina da garantia a obrigações de terceiros, mais especificamente de operações de crédito contraídas por outros entes federados ou entidades a eles vinculadas, vejamos:

Embora vedadas as operações de crédito entre os entes da Federação (inclusive entidades da Administração indireta), não proíbe a mesma lei complementar, ao contrário, expressamente autoriza, no art. 40, **que uma pessoa estatal conceda garantias em operações internas e externas**, contraídas por outro ente junto a instituições financeiras privadas, nacionais ou internacionais³².

E segue mais à frente o mesmo autor:

32 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328 (comentários de Misabel Abreu Machado Derzi).

Garantias e contragarantias podem ser oferecidas pelos entes da Federação uns aos outros para fortalecer o crédito, quer a obrigação financeira ou contratual (a ser garantida) se destine a constituir dívida fundada ou fluante. Sujeitam-se elas a limites e condicionamentos impostos por resoluções do Senado Federal e pelas normas constantes do art. 32 desta lei³³.

No mesmo sentido caminha o Manual para Instrução de Pleitos, da Secretaria do Tesouro Nacional, no item 4.1 (fls. 133/135):

A Concessão de Garantia não é considerada operação de crédito, conforme inciso IV do art. 29 da LRF, mas está igualmente sujeita à verificação prévia de seus limites e condições de realização. É obrigação de natureza contingente, definida como “compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada”. Trata-se de garantia a obrigação de terceiros. A garantia, real ou fidejussória, de obrigação própria do ente, portanto, não se enquadra neste conceito³⁴.

Poder-se-ia, além disso, invocar uma suposta quebra da isonomia e do estabelecimento de favorecimento indevido a um credor específico. Outro argumento que deve de pronto ser rechaçado. Em primeiro lugar, o princípio da isonomia, *per se*, não pode afastar a incidência de outros igualmente relevantes no caso do acesso ao mercado livre de energia: o princípio da eficiência (na medida em que a transição do mercado cativo para o livre pode mostrar-se mais econômica ao erário, permitindo a melhor alocação dos recursos públicos), o princípio da legalidade (uma vez que a utilização da garantia segue, como já afirmamos, matrizes legais e regulamentares) e, por que não, o princípio da moralidade (a manutenção no mercado cativo, diante da oneração desnecessária do erário, poderia levar à violação a este postulado). Sem prejuízo destes antagonismos, há regra específica neste particular, resultado de uma pondera-

33 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 333 (comentários de Misabel Abreu Machado Derzi).

34 Disponível em http://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/modules/mod_pdf_manual/pdf/mip.pdf (Acesso em 16.02.2017).

ção prévia – e adequada – do legislador pátrio, o artigo 5º da Lei federal nº 8.666/1993:

Art. 5º - Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Em regra, as obrigações devem ser adimplidas na sua ordem cronológica. Em caso de inadimplemento por parte da Administração, em contratações decorrentes do mercado livre de energia, será possível que o crédito garantido seja satisfeito antes de outros ordinários, por meio do acionamento desta garantia. Entretanto, como excepcionado pela lei, há relevante interesse público no caso, consistente na viabilização de ingresso no mercado, com resultados potenciais muito positivos.

6.4. O fato de inexistir norma expressa autorizativa, voltada especificamente ao poder público, impediria a constituição de garantia?

Há muito encontra-se assente na doutrina brasileira de Direito Administrativo uma noção do “*princípio da legalidade*” aplicada à Administração Pública, algo que poderia ser traduzido na máxima: à Administração só é facultado fazer aquilo que a lei expressamente autorize. Esta diretriz, inclusive, já foi incorporada, com alguma moderação, em precedente da própria Procuradoria Geral do Estado:

13. A questão de direito envolvida nos autos é bastante singela: em se tratando de Administração Pública, **não basta inexistir vedação legal para a prática de ato, é necessário que do ORDENAMENTO JURÍDICO se possa extrair autorização para a prática de ato**, ainda que essa autorização esteja contida em mera norma genérica de competência. No caso em exame, não há referida norma que autorize a participação de representantes do poder público nos órgãos de gestão de entidades

privadas de apoio. As leis invocadas, além de não terem aplicação à espécie, apenas reforçam a ideia de que essa proximidade entre poder público e entidade privada de apoio apenas é possível se devidamente autorizada pela lei. **Recorramos inicialmente ao regime jurídico dos contratos administrativos, delineado pela Lei Federal nº 8.666/1993.** (Parecer PA nº 104/2010) – destaque nosso

Diante disto, como sugere a ilustre parecerista na peça supramencionada, recorramos inicialmente ao regime jurídico dos contratos administrativos, disciplinado pela Lei federal nº 8.666/1993, para verificar a possibilidade de a Administração garanti-los (ainda que tenha sido omissa nesse ponto).

Sob a ótica da contratada, em um contrato administrativo típico, o artigo 56 da Lei federal nº 8.666/1993 traz a regra geral no tocante à apresentação de garantia, prevendo, dentre as modalidades aceitas, a caução em dinheiro, o seguro-garantia e a fiança bancária. Nada fala sobre garantias concedidas pela contratante.

Pois bem. O intérprete poderia, a partir de um conceito mais conservador de legalidade, afirmar que no silêncio da lei não poderia a Administração apresentar garantia a seus contratos. Porém esta não é a solução legalmente adequada. Devemos buscar a fundamentação no ordenamento jurídico na sua totalidade, como aponta o próprio precedente da Procuradoria Administrativa, não apenas em um diploma normativo específico, como é a Lei federal nº 8.666/1993 – sobretudo se entendermos que nele há abertura para este diálogo.

A doutrina vem reconhecendo que a lei formal não é o único fundamento de ação estatal; há de se pensar no *bloco de legalidade* como ensina Gustavo Binenbojm, que abrange normas outras, ou, mais precisamente, “o *ordenamento jurídico como um todo sistêmico*”³⁵. Por certo, aqui ficará demonstrado que há base legal para a conduta pretendida pela administração, quer tenhamos uma visão mais restrita deste conceito de “legalidade”, quer assumamos uma visão mais ampla.

Com efeito, a Lei federal nº 8.666/1993, em que pese não ter previsto expressamente a concessão de garantia pela Administração, não se

35 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141

fechou. Ao contrário, se abriu a influxos da teoria geral dos contratos, como, aliás, não poderia deixar de ser. O artigo 54 preceitua que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, “os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. Ora, o direito privado aceita as modalidades de garantia aqui mencionadas, como por exemplo, a fiança, o seguro-garantia e a caução.

Não é só, a legislação que regulamenta o setor elétrico traz menção expressa à garantia, como afirmado anteriormente. Ademais, não há qualquer vedação à participação da Administração no mercado livre. Neste contexto, é tranquila a noção de que a Administração nas contratações de serviço público nas quais figure como usuária, deixa de lado algumas prerrogativas contratuais usualmente presentes nos contratos administrativos (não só nelas, mas também naquelas predominantemente regidas pelo direito privado):

Lei federal nº 8.666/1993, Art. 62 – (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Por fim, mas não menos importante, cabe retomar um ponto trazido neste artigo quando tratamos da dispensa de licitação disciplinada pelo artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993. Ali, fazendo referência a uma nota técnica da SABESP, mas também a Administrativistas conceituados, ficou evidenciada a essência daquela previsão: assegurar a participação em um mercado já regulado (pela ANEEL), cujos pressupostos da lei geral de contratos administrativos não seriam integralmente transpostos para as relações muito peculiares do setor de energia elétrica. A própria estrutura do setor elétrico, em conjunto com o arcabouço regulatório nele incidente, bastariam para garantir a participação legítima da Administração Pública.

Assim, viável extrair do ordenamento jurídico autorização para a constituição de garantia.

6.5. Partindo da premissa de ser possível a constituição da garantia, como indicado na resposta anterior, quais modalidades poderiam ser constituídas e como fazê-lo?

No que toca à **garantia de integração ao mercado**, os modelos são pré-definidos pelo Agente de Liquidação (Banco Bradesco) e CCEE, por meio do Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais³⁶: Moeda corrente nacional; Títulos Públicos Federais; Carta de Fiança; Quotas de Fundos de Investimento Extramercado. Optamos aqui por ficar adstritos às alternativas mais usuais e cuja implementação será facilitada: moeda corrente e carta fiança³⁷.

Especificamente quanto à moeda corrente, esta deverá obrigatoriamente ser depositada no Banco Bradesco, pois é a instituição financeira que detém a exclusividade para realizar tais operações. Como já discutimos anteriormente, esta contratação fugiria do Acordo Base celebrado com o Banco do Brasil, decorrente da condição de ser o Agente Financeiro do Tesouro Estadual.

Restaria examinar a contratação de fiança bancária, o que poderia **em tese** ser efetuado junto a qualquer banco regular, desde que observadas as regras fixadas pelo Agente de Liquidação. Eis a indagação central: haveria necessidade de contratá-la exclusivamente com o Banco do Brasil S.A., ou seria possível licitar?

Não parece que a contratação de fiança bancária, ao menos em um exame inicial, estaria abrangida pelo Acordo Base e, portanto, seria uma atividade exclusiva do Banco do Brasil. A fiança (gênero) é um contrato, por meio do qual “*uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra*” (artigo 818 do Código Civil). No caso da fiança bancária, o banco é o fiador, garantindo o adimplemento de determinada obrigação pelo seu cliente. No caso específico do ACL, assumirá o pagamento ao credor, sub-rogando nos seus direitos (artigo 831 do Código Civil). Não se trata, propriamente, de movimentação financeira ou mesmo de uma aplicação de disponibi-

36 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 25.05.2017.

37 Quando da consulta original, advertimos a Administração que a utilização dos outros tipos de garantia possíveis implicaria na necessária análise prévia por parte da Consultoria Jurídica.

lidade financeira da Autarquia, tampouco o pagamento propriamente de uma obrigação ou despesa. Servirá o banco apenas como um garantidor, acionado eventualmente – está verdadeiramente prestando um serviço bancário típico de mercado, que não justificaria a exclusividade do Agente do Tesouro.

Por certo, o pagamento pelo serviço de fiança pelo Estado deve ser feito por intermédio do Banco do Brasil, mas a fiança em si pode ser prestada por qualquer um que preencha os requisitos regulamentares do setor elétrico. Assim, decidida pela alternativa da fiança bancária, **viável será a competição**, cabendo à entidade providenciar a contratação por meio de licitação, salvo se enquadrar-se nas hipóteses de dispensa (por valor, *v.g.*).

Sem prejuízo de não caber a um estudo jurídico como este fazer juízos sobre a opção discricionária do administrador público, no tocante à **garantia de integração ao mercado**, não podemos nos furtar de consignar que o depósito de recursos diretamente no Banco Bradesco parece a alternativa mais recomendável. A um, a entidade não precisaria arcar com os custos da fiança. A dois, este modelo de fiança tende a ter custos elevados, além de não haver tanta facilidade para sua obtenção, pois exigida a modalidade D+0 (o pagamento da fiança será providenciado no mesmo dia em que se der o comunicado de inadimplemento)³⁸. A três, a própria sistemática da prestação das **garantias de integração ao mercado** favorecerá a utilização de moeda corrente, vejamos.

As garantias são constituídas mensalmente, dentro de cada ciclo de liquidação financeira (mensal). Este ciclo é o “*período que considera os processos de: a) divulgação dos valores relativos às Garantias a serem aportadas pelos Agentes; b) divulgação do Mapa de Liquidação Financeira; c) execução da Liquidação Financeira; d) emissão da Nota de Liquidação da Contabilização (NLC); e e) compatibilização do montante de Garantias aportadas ao último cálculo aplicável*”³⁹. Em outras palavras, as garantias são aportadas em cada ciclo, o que dificulta sobremaneira

38 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 16.09.2017.

39 Regulamento de Operações e Procedimentos Operacionais – Liquidação Financeira, disponível em http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_075557, acesso em 16.09.2017.

a operação com a fiança. Ademais, utilizando moeda corrente como garantia, os valores devidos e oportunamente apurados são abatidos deste montante, havendo para a Administração, em regra, uma única operação.

Quanto à **garantia de pagamento**, aquela destinada a garantir o adimplemento das obrigações para com os comercializadores de energia, a solução, embora próxima, não é idêntica àquela sugerida às **garantias de integração ao mercado**.

A contratação de seguro garantia, modelo adotado pela SABESP com sucesso, não encontraria nenhum óbice. Dada sua natureza, aqui não se coloca qualquer discussão em relação à necessidade de vinculação ao Acordo Base do Banco do Brasil, restando sua contratação por meio de licitação, salvo se enquadrar-se nas hipóteses de dispensa. A solução da fiança bancária é similar àquela da **garantia de integração ao mercado**, acima tratada, com uma única diferença: mais maleabilidade na definição das suas condições e prazos (por exemplo, não necessariamente deverá ser contratada na alternativa D+0) – dependerá mais da aceitação do mercado, do que de uma regra propriamente dita.

Especificamente com relação à caução, no modelo usado pela SABESP, trabalha-se com a ideia de depósito em conta vinculada, que somente poderia ser movimentada em caso de inadimplemento da compradora ou com o término de vigência do contrato⁴⁰. Diferentemente da **garantia de integração ao mercado**, aqui não existe a necessária intermediação do Banco Bradesco. Entretanto, o uso desta modalidade restou afastado no âmbito do HCFMRP-USP, em razão dos riscos envolvidos – possibilidade de sequestro dos valores depositados, diante do grande número de ações trabalhistas contra a entidade.

Em qualquer das situações aqui expostas, a decisão do Administrador pelo modelo de garantia não é livre de motivação, na qual se verifique todas as variáveis técnicas (por exemplo, o risco de sequestro de depósitos em contas-correntes) e econômicas, para só então escolher dentre as opções aquela que melhor assegure o interesse público. Especificamente no caso da **garantia de pagamento**, para bem configurar

⁴⁰ O que pode ser verificado, por todos, no Edital de Leilão de Compra de Energia Elétrica SABESP CSS Nº 24.896/16.

a presença de relevante interesse público a justificar a contratação da garantia, prudente que a Administração efetue uma consulta prévia ao mercado, verificando a existência de interessados potenciais e a variação de preços, conforme se exija ou não a garantia⁴¹.

7. Considerações finais

Como tivemos oportunidade de apontar, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em ao menos quatro oportunidades julgou regular contratação de energia elétrica, no MLE, com fundamento no artigo 24, inciso XXII da Lei federal nº 8.666/1993 – TC nº 035926/026/04, julgado em 21/02/2006, TC nº 039741/026/12, julgado em 25/11/2014; TC nº 012355/026/05, julgado em 29/08/2005; e TC-002645/003/07, julgado em 04/07/2017⁴². Os dois primeiros casos envolvem contratações da SABESP, o terceiro da CPTM⁴³ e o último da UNICAMP. Embora os precedentes, *per se*, não sejam suficientes para caracterizar a regularidade da contratação almejada pelo HCFMRP-USP, são importantes como elementos de persuasão e convencimento, em especial da própria Corte de Contas.

Não é só, a Administração deve se certificar, no complexo processo de tomada de decisão, de todos os riscos envolvidos em um negócio deste jaez, valendo-se para tanto de um completo conjunto de informações e estudos. A migração acabará por confrontar a Administração com as variações típicas de um mercado como este, no qual a avaliação de todas as variáveis é essencial para permitir a correta definição de estratégia. Por esta razão, prudente possuir equipe técnica própria capacitada para o acompanhamento do projeto e definição de perspectivas para o futuro – ou mesmo, em caso de inviabilidade, a contratação de uma consultoria externa.

Por fim, a migração impõe uma mudança de paradigma por parte da Administração no tocante ao adimplemento das obrigações decor-

41 Por ser obrigatória a **garantia de integração ao mercado**, não se coloca esta alternativa.

42 Em nota anterior foi efetuada observação em relação à recomendação do TCE/SP, neste julgado de 2017, de se efetuar licitação, embora tenha julgado regular a contratação por dispensa, diante de hipótese expressa. Defendi ali a possibilidade de um procedimento simplificado de contratação, em detrimento de uma licitação clássica, consoante regras da Lei federal nº 8.666/93.

43 Empresa dependente.

rentes deste contrato. Os valores devidos à CCEE ou mesmo ao fornecedor devem ser tratados com prioridade máxima, evitando-se qualquer tipo de atraso nos pagamentos. Não fazê-lo poderá trazer consequências danosas e prejuízos financeiros significativos – corre-se o risco de serem acionadas as garantias, há possibilidade de punições no âmbito da CCEE (no limite até a exclusão da Câmara), há um prazo mínimo para retorno ao mercado cativo, dentre outros inúmeros problemas.

Refrências Bibliográficas⁴⁴

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Evelina; PAZZINI, Luiz Henrique Alves. *Fundamentos da Comercialização de Energia Elétrica no Brasil*. In: Nery, Eduardo (org.). *Mercados e Regulação de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Os contratos de fornecimento de gás e o dever de licitar*. IP – Interesse Público, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul/set 2001.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

⁴⁴ Constam da bibliografia apenas as obras consultadas e citadas no artigo. Foram excluídos textos legais, documentos técnicos e pareceres jurídicos, cujas referências foram indicadas exclusivamente quando mencionados ao longo do texto.