

Ana Paula Pavanello do Amaral

**REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA: PANORAMA SOBRE O SETOR DE
ENERGIA ELÉTRICA BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues.

**Ribeirão Preto
2014**

Amaral, Ana Paula Pavanello do

Regulação e concorrência: breve panorama sobre o setor de energia elétrica brasileiro. 2014.

“X”p. ; “Y” cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Prof. Dr. Juliana Oliveira Domingues

Introdução. 1. Concorrência e regulação no atual cenário. 2. Mercados de energia elétrica. 3. Brasil: um setor em transição. 4. Da defesa da concorrência e da regulação em serviços públicos 5. ANEEL e sua formação de atuação. 7. Conclusão8. Referências bibliográficas

Banca examinadora:

Orientador: _____

Prof.^a Dr.^a Juliana Oliveira Domingues

À minha família, por sua capacidade de acreditar em mim e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foi que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

À professora e orientadora Juliana Oliveira Domingues, pela orientação, apoio e confiança.

À minha família, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

AMARAL, Ana Paula Pavanello do. **Regulação e concorrência: breve panorama sobre o setor de energia elétrica brasileiro.** 2014. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

A proposta do presente trabalho consiste em fazer uma breve análise sobre a interação dos sistemas regulatórios e de defesa da concorrência sobre o sistema de energia elétrica brasileiro. São analisados especialmente os panoramas fornecidos pela prática brasileira da década de 1990 até o início dos anos 2000, a fim de ser o mais próximo possível da atualidade.

Primeiramente, abordaremos a interação entre os institutos da Concorrência e da Regulação no contexto brasileiro e suas bases constitucionais.

Após, será feita a análise mais específica do setor aqui estudado: energia elétrica. Sem a pretensão de exaurir qualquer assunto tratado, estudamos o mercado de energia elétrica no Brasil e analisamos as mudanças provocadas pela transição entre os modelos do governo FHC e Lula.

Por fim, tratamos da própria agência reguladora do setor, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, e sua forma de atuação. É dada especial atenção aos pontos de contato entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a ANEEL e a possível sobreposição de suas competências.

PALAVRAS-CHAVE: sistemas regulatórios, defesa da concorrência, sistema de energia elétrica brasileiro.

ABSTRACT

AMARAL, Ana Paula Pavanello do. **Regulação e concorrência: breve panorama sobre o setor de energia elétrica brasileiro.** 2014. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014.

The purpose of this paper is to make a brief analysis of the interaction of regulatory systems and defense of competition on the Brazilian electric power system. Are especially analyzed panoramas provided by Brazilian practice of the 1990s until the early 2000s, in order to be as close as possible to today's situation?

First, we discuss briefly the situation of interaction between the institutes of Competition and Regulation in the Brazilian context and its constitutional foundations. We then proceed to more specific analysis of the industry studied here: electricity. Without pretending to exhaust any subject matter, we study the electric power market in Brazil and analyze the changes caused by the transition between models of FHC and Lula governments.

Finally, we treat the self-regulatory agency, ANEEL - Nacional Energy Agency, and its modus operandi. Special attention is given to the points of contact between the Brazilian System of Competition Defense and ANEEL and the possible overlap of its competencies.

KEY-WORDS: regulatory systems, defense of competition, Brazilian electric power system.

JUSTIFICATIVA

Esta pesquisa tem por objetivo básico discutir as relações entre o setor regulado de energia elétrica e defesa da concorrência no Brasil atualmente com base na relação entre o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), inclusive analisando alguns casos de condutas anticoncorrenciais condenadas pelo CADE nos últimos 15 anos, que envolveram solicitação da ANEEL para acompanhamento e articulação interinstitucional. Apresentaremos também um quadro conceitual geral buscando relacionar os correspondentes requisitos econômicos e institucionais com aqueles presentes na regulação da concorrência em sentido genérico, realizada pelo SBDC.

É evidente a imperiosa necessidade de delinear soluções para a realidade econômica brasileira, visto que as intervenções na economia ou a falta das mesmas geram consequências diretas ao bem-estar social. Assim, faz-se mister o estudo sobre a relação entre concorrência e eficiência econômica para apresentação de um esquema ideal, através da caracterização de padrões de concorrência que destacam os problemas de regulação oriundos de mercados regulados por dinâmicas específicas.

Além disso, é preciso avaliar os métodos e estratégias para assegurar imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios, afim de que as iniciativas sejam refletidas de forma positiva na sociedade.

Ainda há que se observar a questão do aprimoramento dos mecanismos de prestação de contas e controle social das agências, visto que sua credibilidade perante os atores particulares é essencial para seu efetivo sucesso.

Passando para um contexto mais amplo, observando o Brasil como ator na economia global, com base nos resultados de alguns casos analisados em conjunto pelo CADE e que também foram analisados pela ANEEL nos últimos anos, é necessário apontar se há efetivamente respeito às decisões emitidas. Assim, entende-se que se ficar comprovado que há efetividade no controle das condutas por meio da concorrência e da regulação, pode-se dizer que as políticas públicas atendem aos objetivos sociais tais como: desenvolvimento econômico, melhores preços, melhores serviços, aumento da renda, etc.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO	23
1.1 O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento.....	30
2DAS TEORIAS CONCILIADORAS ENTRE A SUPREMACIA DO DIREITO REGULATÓRIO E O DIREITO ANTITRUSTE	33
3. MERCADOS DE ENERGIA ELÉTRICA.....	37
3.1 Mercados competitivos de energia elétrica.....	41
3.1.1 Ponto de vista da regulação.....	41
3.1.2 Ponto de vista da concorrência:	44
4. BRASIL: UM SETOR EM TRANSIÇÃO.....	49
4.1 O modelo FHC	52
4.2 O modelo Lula	55
5. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO A PARTIR DA LEI 9427/96	59
5.1 Repartição de competências entre o SBDC e a ANEEL	62
5.2 Competências da ANEEL em matéria concorrencial	63
5.3 Competências sobrepostas?	66
5.4 Articulação e repartição de concorrência	67
CONCLUSÃO.....	71
BIBLIOGRAFIA	75

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que antecede o redirecionamento da intervenção do Estado na economia com o crescimento do seu caráter normativo e regulador, de certa forma, num movimento de contrapeso, inova ao evidenciar os direitos sociais, pautada nos princípios e objetivos fundamentais do país: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda, o art. 175 da Constituição Federal, ao dispor sobre a forma de prestação de serviços públicos diretamente pelo poder público ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação e, entre eles o serviço de energia elétrica, exige a obrigatoriedade de manutenção do serviço adequado, o que foi regulamentado pela Lei nº 8.987/1995 da seguinte forma:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

De forma relacionada, observa-se que a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, inclui o direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal, colocando-o na condição de direito social e, segundo parâmetros internacionais acerca do direito à moradia, compreenderia, entre outros critérios, a infraestrutura e serviços disponíveis como acesso à água

potável, energia elétrica e ao saneamento básico.¹

Assim, embora o acesso aos serviços de energia elétrica não esteja previsto de modo expresso como direito fundamental, evoca-se aqui o conteúdo do §2º do art. 5º, segundo o qual os direitos e garantias da Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, se por um lado é possível construir com base na Constituição o direito à energia, é certo que sua materialização como realidade depende da implementação de políticas socioeconômicas pelo Estado. O gráfico a seguir apresenta a evolução do índice percentual dos domicílios com energia elétrica, ilustrando o grande avanço realizado no setor:

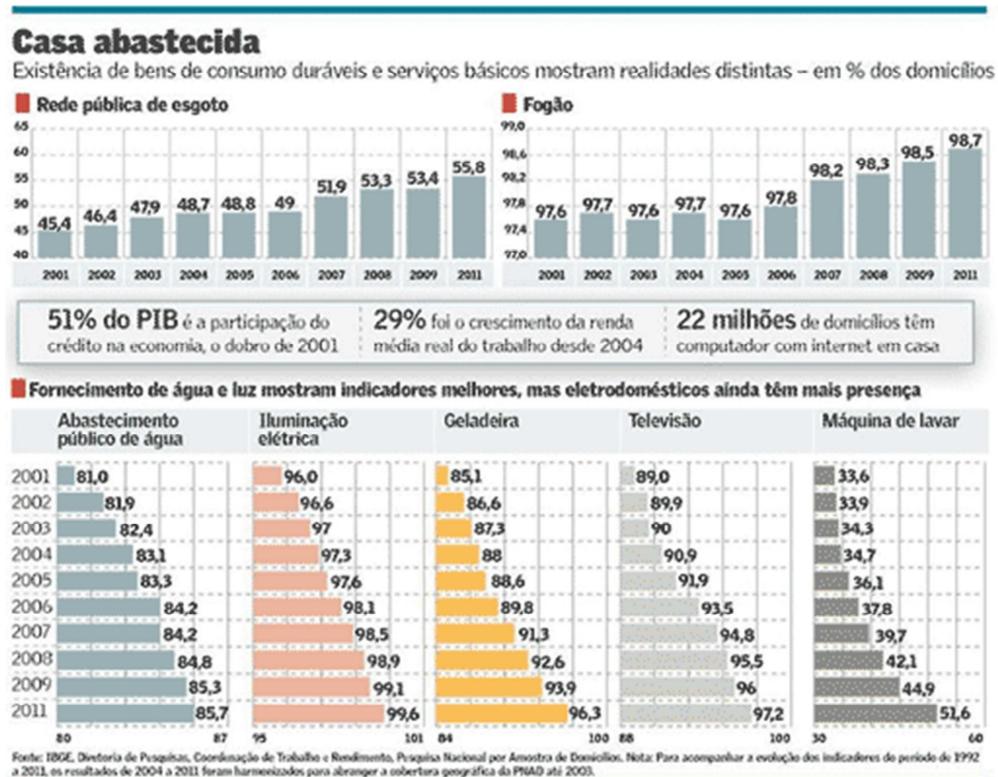
Quadro 3.2 - Domicílios e população com serviço de energia elétrica							
Censo	Condição do Domicílio/População	Domicílios	Domicílios Urbanos	Domicílios Rurais	População	População Urbana	População Rural
1950	Total	10.046.199	3.730.358	6.315.831	51.584.665	18.322.488	33.262.177
	Com Energia Elétrica	2.466.898	2.237.710	226	12.718.063	11.469.007	1.249.056
	Porcentual de Atendimento	24,60%	60,00%	3,60%	24,70%	62,60%	3,80%
1960	Total	13.497.823	6.350.126	7.147.697	69.222.849	30.594.387	38.628.462
	Com Energia Elétrica	5.201.521	4.604.057	597.464	25.485.545	22.271.065	3.214.480
	Porcentual de Atendimento	38,50%	72,50%	8,40%	36,80%	72,80%	8,30%
1970	Total	17.628.699	10.276.340	7.352.359	89.967.148	50.387.125	39.580.023
	Com Energia Elétrica	8.383.994	7.768.721	615.273	41.131.060	37.783.389	3.347.671
	Porcentual de Atendimento	47,60%	75,60%	8,40%	45,70%	75,00%	8,50%
1980	Total	25.210.639	17.770.981	7.439.658	117.348.285	79.317.752	38.030.534
	Com Energia Elétrica	17.269.475	15.674.731	1.594.744	77.738.884	69.697.278	8.041.606
	Porcentual de Atendimento	68,50%	88,20%	21,40%	62,20%	87,90%	21,10%
1991	Total	34.743.433	27.165.832	7.576.601	145.685.534	110.157.700	35.527.834
	Com Energia Elétrica	30.180.139	26.435.326	3.744.813	123.720.313	106.979.253	16.741.060
	Porcentual de Atendimento	86,90%	97,30%	49,40%	84,90%	97,10%	47,10%
2000	Total	44.721.434	37.363.856	7.357.579	168.292.527	137.072.327	31.220.199
	Com Energia Elétrica	41.596.986	36.404.466	5.192.521	154.694.718	133.409.117	21.285.601
	Porcentual de Atendimento	93,00%	97,40%	70,60%	91,90%	97,30%	68,20%
2010	Total	57.324.167	49.226.751	8.097.416	189.461.396	159.942.268	29.519.128
	Com Energia Elétrica	56.595.495	49.093.514	7.501.981	186.713.724	159.546.093	27.167.631
	Porcentual de Atendimento	98,73%	99,73%	92,65%	98,55%	99,75%	92,03%

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Censo demográfico de 2001 e 2010.

Na política de universalização desenvolvida pelo governo federal, o serviço de energia elétrica é considerado como vetor de desenvolvimento social e econômico, objetivando a redução da pobreza e o aumento da renda familiar e facilitando a integração de outros programas

¹ CSISZER, Juliana Vieira. Direitos Sociais na Constituição brasileira de 1988. Diritto & Diritto – il Portale Giuridico italiano. Disponível em: <www.diritto.it/art.php?file=/26847.html>. Acesso em: 22/08/2014.

sociais, além do acesso a serviços de saúde, educação, abastecimento de água e saneamento. Tal situação evidencia-se na comparação do percentual dos diversos serviços públicos apresentadas no próximo gráfico:



Ainda, a política de universalização dos serviços públicos de energia elétrica, para ser eficiente e eficaz, deve ser sustentável também do ponto de vista de quem é atendido, observando-se as duas dimensões fundamentais: acesso físico ao serviço e capacidade de pagamento, consolidadas com propriedade através do Decreto n° 4.541/2002.

Rolim², ao avaliar a finalidade da política pública, argumenta que a política legitimamente implantada pelo Estado tem sua finalidade atrelada aos anseios de determinada sociedade em dado momento histórico, tendo como finalidade “mínima” o bem comum e a noção de justiça social, mas deve ser planejada e implementada considerando o princípio da economicidade, avaliando objetivos e meios, ou seja, no processo decisório devem ser pesadas

² ROLIM, Maria João C. Preira. Direito econômico da energia elétrica, 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 24-25

vantagens pretendidas e custos envolvidos, procurando-se obter uma relação favorável.³

Isto também é contemplado pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, explicitado na doutrina brasileira por Barroso⁴, através de três requisitos: o da adequação – as medidas devem ser aptas a atingir os objetivos que se busca; o da necessidade ou exigibilidade – o meio utilizado para atingir o fim deve ser o menos gravoso possível, proibindo-se o excesso e, por fim, o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a existência de equilíbrio entre os danos e os resultados obtidos, é o chamado custo-benefício da medida.

Constata-se então que, em se tratando do tema universalização, torna-se matéria das mais complexas, pois tendo caráter de política pública com forte função social, apresenta elevado impacto econômico e de difícil compatibilidade com a questão da modicidade tarifária, devendo ser avaliada não só do ponto de vista de sua implementação⁵. O fornecimento exige altos investimentos para expansão da infraestrutura para conexão de novos consumidores, como também da sua própria sustentabilidade, pois a receita proveniente das populações beneficiadas, geralmente em regiões mais dispersas e de menor poder aquisitivo, não é suficiente para remunerar os altos investimentos realizados e o incremento significativo nos custos de operação e manutenção das concessionárias.

Para o longo prazo, o crescimento econômico depende, a partir de então, do desempenho dos diferentes setores da economia. O país tem um dos parques industriais mais variados e ricos da América Latina e também do hemisfério sul e, portanto, tem um grande potencial de crescimento quando se considera a experiência, a cultura da empresa e do tamanho do mercado.

A questão mais importante a longo prazo refere-se aos resultados esperados do novo modelo de crescimento global. A aplicação no Brasil daqueles resultados observados na economia mundial desde o início dos anos 80 indica que o novo modelo gera economias com baixa taxa de inflação por um lado, mas, por outro lado, com baixas taxas de crescimento e altas taxas de desemprego.⁶

Para países como o Brasil que, de partida, tem elevado nível de desemprego

³ Direito econômico da energia elétrica, op. cit. p. 92.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 223.

⁵ FUCHS, Célia Inês. Impactos causados pela Universalização do acesso e uso da energia elétrica, Brasília, 2007. Dissertação de Mestrado. PPGENE. DM – 32107, UNB, p. 75.

⁶ LEITÃO, Miriam, A Saga Brasileira A Longa Luta de um povo por sua moeda. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 402.

estrutural, distribuição de renda concentrada, baixo nível de escolaridade e baixa renda média, a repetição deste padrão de desempenho (inflação baixa e desemprego elevado) representa uma séria ameaça. Mais do que isso, não é uma alternativa viável, economicamente ou politicamente.

Este é o verdadeiro desafio no Brasil - e se agrava quando lembramos que o país é inserido com força nos mercados financeiros internacionais. Não há alternativas políticas miraculosas disponíveis, a menos que grandes investimentos em melhoramentos sociais e públicos, em infraestrutura e tecnologia.⁷

Dessa forma, pretende-se no presente trabalho discutir o atual cenário de interação entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e um dos setores mais estratégicos para um país que necessita tanto de infraestrutura básica: o setor de energia elétrica.

Para falar de regulação e concorrência, deve-se falar primeiramente sobre o tratamento que o ordenamento jurídico dá à ordem econômica. Assim, o professor Calixto Salomão Filho⁸ define Constituição econômica como conjunto de regras mínimas para um agrupamento social que decidi viver em uma economia de mercado, para garantir seu funcionamento e um nível mínimo de controle das relações econômicas. Ainda que pareça um conceito relativamente lógico, várias escolas e tradições acabaram por definir rumos diversos às mais variadas Constituições e ordenamentos, influenciando Estados a definir seus ordenamentos econômicos de formas bastante variadas.

A começar pela tradição Smithiana, define normas de Direito Concorrencial, culminando no exemplo positivo mais bem acabado da mesma: o Tratado de Constituição da Comunidade Econômica Europeia. Ali são garantidas liberdades fundamentais de circulação sob o argumento de que liberdades naturais do homem são também pressupostos funcionais para a concorrência. A Comunidade Econômica Europeia é um exemplo típico de sistema que prescinde de Estado organizado e onde a força político-institucional é bastante reduzida. Para que o desenvolvimento fosse garantido, as regras de concorrência são o elemento impulsionador da organização e da integração econômica.⁹

A presença do Estado introduz uma forma de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial pura. Ela gera uma divisão de esferas entre o Estado

⁷ LEITÃO, Miriam. A Saga Brasileira A Longa Luta de um povo por sua moeda. op. cit. p. 378.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 15 – 23.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. p. 25.

regulador e o intervencionista e o que se limita a organizar as forças de mercado, criando um ordenamento econômico existente ou Constituição econômica, ou seja, define o regime de exercício de cada atividade econômica – concorrencial, público ou misto.

Sob o ponto de vista do Direito Concorrencial, a análise de um sistema econômico deve ser dúplice. Primeiramente devem-se avaliar as regras aplicáveis a particulares ou ao Estado enquanto exercem atividade econômica. Em seguida, a relação entre os poderes estatais típicos (regulamentar e fiscalizatório) e o sistema concorrencial. No caso de setores auto regulamentados, Estado deve apenas assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos.

Desta forma, no presente trabalho abordaremos a questão da Concorrência e Regulação, suas bases constitucionais e sua função de instrumento para atingir o bem-estar social e equilíbrio econômico. A seguir, serão analisadas teorias conciliadoras do Direito Antitruste e Regulatório, ponto sensível onde tentaremos chegar à conclusão sobre o nível atual de equilíbrio no sistema.

Como não poderia deixar de ser, faremos uma breve análise dos mercados de energia elétrica, setor escolhido para o presente trabalho. Serão abordados temas como o da competição dentro do mercado e de suas especificidades, além dos pontos de vista fornecidos pela regulação e pela concorrência.

Para melhor compreender o atual estágio do setor de energia elétrica brasileiro, é necessário analisar seu histórico recente. Por isso, dedicamos parte do estudo aos modelos adotados nas épocas de governo de Fernando Henrique Cardoso e Lula, governos que modificaram bastante o sistema de concorrência dentro do setor.

Por fim, trataremos de uma parte mais delicada do trabalho, onde é analisada a Agência reguladora setorial (ANEEL) e sua forma de atuação. O objetivo é estudar como são repartidas as competências entre concorrência e regulação perante a Agência, quais seriam suas competências em matéria concorrencial e como estas são articuladas e repartidas com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Provavelmente, o ponto mais sensível a ser estudado aqui seja o questionamento sobre a sobreposição de competências concorreciais.

Portanto, pretendemos chegar à conclusão de como é, de fato, a interação desses dois importantes agentes governamentais na economia e no setor escolhido para o presente trabalho.

1. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

O Brasil vive uma economia de mercado baseada principalmente na interação de agentes privados. Consequência imediata e lógica é a busca de interesses individuais, movida pela busca da maximização do lucro e melhoria de sua própria posição perante o mercado. Dentre as estratégias encontram-se atitudes como a concentração de mercado e eliminação de concorrentes e até de potenciais novos atores econômicos. Se esse sistema de interação econômica fosse completamente anárquico, veríamos uma violenta supressão dos interesses da sociedade, como complexo de atividades econômicas e sociais de âmbitos individuais e coletivos que é, em razão da soberania da força que possuem alguns atores específicos.

É nesse ponto exato que entra o papel do Estado, para garantir equilíbrio e mesmo continuidade ao sistema, sem deixar de lado as preponderâncias sociais e ao mesmo tempo combinando-as com os interesses econômicos das empresas. Exatamente por se tratar de relação de equilíbrio é que as ações intervencionistas do Estado devem ser medidas e responsáveis, na proporção em que o sistema é complexo e pode ruir ao mínimo erro do interventor.¹⁰

Assim, o Direito Antitruste surge com base nos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência,¹¹ ou seja, em uma interação entre princípios econômicos e jurídicos, de altíssima complexidade, ao mesmo tempo que passa a analisar casos de condutas anticoncorrências que envolvem os mercados regulados. Dessa maneira, baseado nos princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, considerando os novos marcos regulatórios, observados, no

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. op. cit. p. 140.

¹¹ A livre iniciativa é afirmada prescritivamente, na Constituição Federal, como base da Ordem Econômica (art. 170). Afirmá-la é acreditar na liberdade humana na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, preferindo uma ordem aberta ao fracasso (risco) contra uma estabilidade imposta e regulada. Significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste, mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. Esta observação não quer significar uma afirmação do laissez faire, pois o artigo 170 da Constituição assevera, igualmente, a valorização do trabalho humano como fundamento da Ordem. A liberdade está em ambas. Na livre iniciativa, em termos de liberdade negativa, na ausência de impedimentos para a expansão da própria criatividade; na valorização do trabalho, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienação na construção da riqueza econômica. Portanto, não há nenhum sentido ilimitado e absoluto na livre iniciativa. A ilimitação está no principiar da atividade, mas não nos desempenhos e nas consequências. Livre iniciativa, assim, não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementarmente empresarial do próprio Estado. Fonte: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/103>. Acesso em 03/09/2014.

Brasil, a partir da década 90, o Estado tenta criar, aplicar e agir estrategicamente para que não somente a concorrência seja protegida.

Nesse sentido, define o Professor Tércio Sampaio Ferraz¹² o intervencionismo como:

O exercício por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia, estabelecendo-se estreita correlação entre o subsistema político e econômico, na medida em que se exige da economia uma otimização de resultados e do Estado a realização da ordem jurídica como ordem do bem estar social.

Já Maria Sylvia Z. Di Pietro¹³ define apropriadamente a regulação econômica como “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”.

Assim, definimos brevemente o termo regulação como a intromissão coordenada por parte do Estado no *status quo* do mercado, visando o bem estar coletivo. A regulação econômica pode facilitar limitar e intensificar os fluxos e trocas de mercado de várias formas. A regulação também procura promover concorrência em alguns setores que antes eram monopolizados pelo Estado, melhorando o livre funcionamento dos mercados em ambientes saudavelmente competitivos¹⁴.

Em uma economia saudável e eficiente, o Estado busca garantir aos cidadãos o bem estar econômico para dispor de maior variedade de produtos com melhores condições de preços. A competição é, portanto, considerada imprescindível para o desenvolvimento social, o que também é defendido pelos teóricos que estudam o desenvolvimento econômico¹⁵. Há que se falar ainda na promoção da sustentabilidade econômica do país vista de um ângulo macro: é através de estímulos e equilíbrio que se obtém a continuidade das empresas, aumento sua produtividade e inclusive posicionamento do país no contexto econômico global.

¹² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: Ensaio da Programática da Comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 57.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Direito regulatório – Temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

¹⁴ DEMSETZ, Harold (1968); Why Regulate Utilities? Journal of Law and Economics, 11, 55-65, reimpresso em Stigler, George J. (ed.) (1988): Chicago Studies in Political Economy. Chicago: University of Chicago Press. p. 276.

¹⁵ AGUILAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2009. p. 226. e COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 85 e 86.

Em linhas gerais, os principais objetivos (finalidades) da regulação econômica são: a) corrigir deficiências de mercado, que podem ocorrer por meio da implementação de normas para a atividade econômica ou pela instituição de autoridades de fiscalização – verificadas pelo controle da atividade privada do Estado por meio da polícia administrativa¹⁶; b) manutenção ou reestabelecimento do funcionamento equilibrado do sistema econômico conforme determinados objetivos públicos¹⁷.

Segundo Gaetani e Albuquerque¹⁸, a regulação não produz benefícios ao interesse público *per se*, uma vez que a obtenção de bons resultados depende de seu manejo, podendo a regulação se transformar em obstáculo para que sejam atingidos os objetivos de bem-estar social e econômico para os quais ela foi desenhada, quando realizada de forma inadequada. Nesse último caso, terão as medidas regulatórias impactos negativos quando empregadas de modo excessivo, bem como se impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica.

O aprimoramento do sistema regulatório brasileiro já faz parte da estratégia para a aceleração do crescimento do país. Com esse fim, inclusive, o Projeto de Lei no 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, lançado pelo governo no início de 2007. Também em 2007 foi instituído, pelo Decreto no 6.062, o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PROREG, que tem a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, da coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório, dos mecanismos de prestação de contas e de participação e monitoramento por parte da sociedade civil e da qualidade da regulação de mercados.¹⁹

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação e legalidade. op. cit. p. 19 a 91.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v.38, p. 26-27.

¹⁸ GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.). Brasília: Anvisa, 2009. p. 194.

¹⁹ GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. op. cit. p. 194.

Dessa forma, é essencial que o governo adote abordagens relacionadas à provisão dos serviços públicos que favoreçam a via regulatória, sendo elas continuamente problematizadas com vistas a sua progressiva melhoria.²⁰

O diálogo em torno da melhoria das práticas regulatórias situa-se no contexto do esforço de governos assegurarem fóruns, instâncias e mecanismos que possibilitem o contínuo aprimoramento das instituições públicas encarregadas desta tarefa. O aprendizado em políticas públicas pode ocorrer de várias formas. Uma diferenciação comum é em primeira mão e em segunda mão. No primeiro caso, o aprendizado se dá pelos próprios envolvidos, diretamente. No segundo caso, o aprendizado se dá por meio de lições tiradas das experiências de outros. O aprofundamento do diálogo em torno de boas práticas regulatórias visa a minimizar os custos do aprendizado direto por meio da incorporação de elementos extraídos do aprendizado indireto.²¹

A eficiência econômica (termo da economia utilizado com frequência nos estudos de direito econômico) é outro objetivo da regulação dos mercados e da aplicação do direito antitruste. Na Economia são utilizados vários conceitos de eficiência, e aqui destacaremos três deles. A eficiência produtiva, pouco controvertida, consiste em utilizar a planta produtiva instalada e sua tecnologia com máximo rendimento e mínimo custo. Já a eficiência distributiva é a capacidade de eliminação de rendas monopolísticas e outros ganhos temporários dos agentes individuais por meio da concorrência, por exemplo. Por último, a eficiência alocativa é a mais controvertida e a que mais se adequa a caso em questão.²²

Na Microeconomia, considera-se alcançada a eficiência alocativa quando todos os recursos são distribuídos de modo a maximizar o resultado líquido alcançado através da sua utilização. É assim que, idealmente, alcança-se o chamado Ótimo de Pareto e atinge-se o maior grau possível de bem-estar social. Este último conceito social é máximo quando o custo marginal da última unidade produzida for igual a sua utilidade para a sociedade.²³

²⁰BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 160.

²¹GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. op. cit. p. 192.

²²MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 135.

²³MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. op. cit. p. 129.

Nesse sentido, vale observar evidências sobre o quanto importante é a concorrência para a população em geral, por meio de exemplos extraídos de estudos regulatórios feitos pela ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil²⁴.

(i) Wallsten (2001) mostra que, nas privatizações de telecomunicações na América Latina, o aumento da eficiência, aumento da quantidade ofertada e a queda de preços são explicados pela ocorrência de competição nos mercados (medida pelo número de operadoras não-incumbentes), enquanto a privatização sozinha era associada com poucos benefícios, e negativamente correlacionada com capacidade de interconexão. O autor também resenha trabalhos que meramente comparavam a performance das empresas privatizadas antes e depois.

(ii) Zhang, Parker e Kirkpatrick (2008) examinaram a privatização da geração elétrica em 36 países entre 1985 e 2003, e constataram que, sozinhas, privatização e regulação não conduzem a ganhos óbvios em desempenho econômico, embora haja alguns efeitos de interações positivos. Em contraste, a introdução da concorrência aparece ter sido efetiva em estimular melhorias de desempenho. Em outro artigo, os mesmos autores notam que a sequência das reformas importa muito: usando um modelo de efeitos fixos em dados de painel de 25 países no período 1985-2001, eles constataram que o estabelecimento de uma autoridade reguladora independente e a introdução da competição antes da privatização estava correlacionado com maior geração de eletricidade, maior capacidade de geração e, no caso de sequência de concorrência antes da privatização, melhoria da utilização de capital.

Visando assegurar o princípio da livre iniciativa, a Constituição atribuiu ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Importa destacar, que para alguns doutrinadores, as exceções ao princípio da livre iniciativa devem constar expressamente do texto constitucional. É o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵, que discorrendo sobre a política de fixação de preços utilizada antes da CF/1988 explica:

É o caso de tocarmos num exemplo de grande importância, do controle estatal de preços. Essa prática, largamente utilizada no autoritarismo econômico, durante várias décadas neste País, mas tão prejudicial à competição, tão incompatível com uma política de desenvolvimento (hoje, princípio constitucional – art. 3º, II), tão perigosa pelas distorções que gera (como no caso dos planos ‘Cruzado’ e ‘Verão’), teve seu fim, com muito atraso, na Constituição Federal de 1988. Não será mais possível à burocracia incompetente fazer demagogia com preços.

²⁴FIUZA, Eduardo P. S.; PIONER, Héleno P. Estudo Econômico Sobre Regulação e Concorrência no Setor de Aeroportos Rio de Janeiro, maio de 2009. Disponível em:

<<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/estudosregulatorios.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2014.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed., rev., refund. e atual. pela Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 98.

Contudo, não se pode acatar *a priori* tal interpretação. Nas palavras do Prof. Luis Roberto Barroso²⁶, em alguns momentos excepcionais, em casos em que tal medida for necessária para a reorganização de mercado deteriorado, na qual os princípios da livre iniciativa e livre concorrência não estejam sendo respeitados, o controle prévio de preços poderá ser justificado com base exatamente nestes princípios, hipótese em que o controle de preço será considerado legítimo e legal, desde que obedeçam a certos pressupostos. Contudo, este não é o enfoque do presente estudo.

No Brasil, a legislação sobre a matéria de promoção e defesa da concorrência remonta aos anos 60, mas é somente na década de 1990 que assume caráter prioritário dentre as políticas públicas. As primeiras preocupações com a matéria aparecem na Constituição de 1934, garantindo a liberdade econômica e existência digna através da organização da própria ordem econômica, ainda que sem lei específica para regular a competição no mercado. Só em 1945 é que surge a primeira lei brasileira de orientação antitruste, que criava a Comissão de Defesa Econômica e autorizava a expropriação de qualquer organização que lesasse o interesse nacional²⁷. Até então, a economia brasileira era marcada pela forte presença do Estado, alto nível de proteção à indústria nacional, controle de preços e problemas com a inflação. Tais características são reflexos da conjuntura política da época, o que incompatibilizava o contexto brasileiro com qualquer política eficaz de defesa da concorrência, fato superado na década de 1990, época marcada pelas privatizações e concessão de “monopólios naturais” à iniciativa privada.

Superados os problemas políticos, a nova realidade econômica possibilitou a atuação efetiva do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (com base na Lei Antitruste Brasileira, LAB - lei 8.884/94), que era formado por três órgãos, quais sejam: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Este último uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a instância judicante do sistema, uma espécie de tribunal administrativo, cujas decisões só podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. op. cit. p. 137.

²⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira; Gaban, Eduardo Molan. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 74-75.

O objetivo do sistema é promover uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência. Assim, a atividade de combate às condutas e estruturas anticoncorrenciais está aliada à atividade de divulgação e promoção da cultura da concorrência, visto o reforço que dá à eficácia social da defesa da concorrência. Devemos lembrar ainda do duplo enfoque das sanções aplicadas, quais sejam o de punir as práticas ilegais e de educar os agentes econômicos para que não incorram mais em condutas indesejadas.²⁸

Em maio de 2012 entrou em vigor a Nova Lei antitruste Brasileira (NLAB - Lei n.º 12.529/2011), que ao tentar imprimir maior efetividade ao controle antitruste, modificou a estrutura do sistema, formando o novo CADE cuja estrutura passou a ser composta pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Assim, a SDE/MJ deixou de existir dentro do SBDC, e as funções preponderantes da SEAE/MF foram modificadas para que o órgão seja primariamente de Advocacia da Concorrência, promovendo a cultura da concorrência na sociedade e em órgãos do governo.²⁹

A Superintendência-Geral abarcou funções da SDE/MJ e da SEAE/MF, sendo agora responsável pela investigação e instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e de análise de atos de concentração. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE), por sua vez, é responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos a fim de aprimorar e fornecer mais segurança às decisões do CADE no mercado³⁰.

A atuação do CADE tem como focos principais o controle de concentrações nas diferentes estruturas de mercado, desde que atingidos alguns critérios de faturamento dos grupos econômico envolvidos, via apreciação operações como, por exemplo, de fusões, aquisições e incorporações de empresas e a repressão a condutas anticoncorrenciais, tais como abuso de posição dominante por empresas que tenham poder de mercado, assim como cartéis de fixação de preço, divisão de mercado, fraude às licitações e outras práticas abusivas à ordem econômica.

Portanto, a presente pesquisa pretende dar enfoque à interação entre o CADE e a ANEEL, sem que haja conflito de competências.

²⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. op. cit. p. 77.

²⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. op. cit. p. 78.

³⁰ SILVINO, A. A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Fides, Natal, v.4, n. 1, jan/jun. 2013. p. 65.

Para que o sistema funcione adequadamente é essencial conceder-lhe independência, ou seja, reduzir o risco de captura dos agentes reguladores pelos interesses dos atores particulares. Essa influência negativa sobre o processo regulatório impede sua efetividade, imparcialidade e neutralidade.

Outro ponto importante a ser destacado na questão da independência é a especificidade técnica requerida pela função regulatória. Apesar da previsão legal e de ajustes recentes em algumas legislações que cuidam de setores regulados, observa-se que no Brasil nem legisladores nem mesmo tribunais detém conhecimento técnico suficiente para levar a cabo discussões complexas que tocam o tema. Essa especialização, que aos poucos foi adquirida no Brasil, exige maior grau de autonomia frente ao poder político. Dessa forma, busca-se constantemente afastar da função regulatória pressão política, administrativa e do governo além dos próprios regulados.

Assim, a presente pesquisa parte do questionamento de qual é a medida certa entre competição e regulação para o contexto atual brasileiro, principalmente no que diz respeito à realidade social da população, diretamente atingida por todo o sistema brevemente apresentado acima e suas decisões de intervir ou não na economia.

1.1 O caso brasileiro: as bases constitucionais e a concorrência-instrumento

A Constituição de 1988 deixa bastante claro em seu texto que a concorrência é um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. A proteção da concorrência surge, no Brasil, em um contexto de proteção da economia popular, fato responsável por atribuir-lhe um caráter instrumental, ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor (Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945).

Na atual Constituição, esse caráter instrumental foi sim mantido. Alguns exemplos são o art. 173, §4º, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência; o art. 170, IV, em atenção ao princípio da livre concorrência e o art. 173, §4º, que manda reprimir o aumento arbitrário de lucros. Toda essa proteção é, ao fim, abrangida pelo art. 170, *caput*, e pelo art. 3º.

Os princípios contidos no art. 170 da Constituição e todas as regras que a partir dele se desdobram estão, portanto, à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição. Dessa forma, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem.

Visto que, no Brasil, a tutela da concorrência não é um fim em si mesma, somado ao seu aspecto instrumental, parece clara sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas. Assim, o antitruste deixou para trás a ideia de que sua única função seria a eliminação de efeitos autodestrutíveis do mercado e passa a ser considerado instrumento, meio para conduzir o sistema.

Ainda que a primeira impressão seja a de atuação desse instrumento antitruste na implementação de políticas públicas do ponto de vista macro, não falamos aqui exclusivamente da atuação no campo da superestrutura. Trata-se, na verdade, de instrumento para o nível funcional de todo o social.

Como ensinado pela autora Paula A. Forgioni³¹, a política antitruste poderá ser atuada tanto: a) por aplicação da Lei Antitruste, ainda que por via de concessão de autorização ou isenção, ou b) pela não aplicação da Lei Antitruste a práticas restritivas.

Assim, o Estado, com o escopo de formatar o funcionamento do mercado, fica livre para afastar a aplicação da Lei Antitruste (desde que com base na lei), eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre o processo de concentração nos casos previstos. Portanto, a não implementação de uma política de concorrência vigorosa pode expressar, precisamente, a implementação de uma determinada política. São decisões de política econômica, obviamente não puras tecnicamente, mas que requerem uma tomada de posição em face da economia para poder estruturá-la.

Ao tomar decisões que moldam a economia dessa forma, os institutos de regulação e do antitruste deixam de ser entrave para o desenvolvimento e passam ao papel de incentivadores. Trata-se, portanto, de um instrumento de reequilíbrio das relações econômicas³².

³¹ FORGIONI, Paula A. “Os Fundamentos do Antitruste”. 8. ed. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37 – 48.

³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR. p. 15.

Importante instrumento de política econômica e de equilíbrio nas relações econômicas é a expansão e a difusão de serviços, além da garantia institucional da concorrência. O acesso aos serviços é também elemento conformador, necessário para o funcionamento do sistema e, portanto, fundamental para qualquer ordem econômica que preze pelo equilíbrio.

A chamada universalização desses serviços é frequentemente tratada como objetivo de política econômica, sendo considerada pelo professor Calixto Salomão Filho³³ uma garantia sistêmica ou institucional. Como não pode ser protegida por uma simples regulação concorrencial, constitui-se em uma garantia institucional autônoma.

Essa garantia deve ser considerada em seu plano material, não apenas formal. Primeiramente, é importante falar na garantia de acesso dos consumidores, derivada das garantias constitucionais da concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, IV e V). Ao interpretar ambas, concluímos que significam a não exclusão de qualquer consumidor.

No entanto, por se tratar de país tão desigual como o Brasil, o simples provimento formal dos serviços, sem que muitos tenham condições materiais, não é suficiente. Isso significa que tanto a regulação como o antitruste não podem ser instrumentos de criação de desigualdades sociais e de exclusão.³⁴

Por outro lado, a proteção dessa garantia institucional pode levar à criação de condições de concorrência. Assim, garantias institucionais de concorrência – amplo acesso e justiça social -, exatamente por serem fundamentais e formadoras do sistema, entrelaçam-se e protegem-se entre si. Entre elas, como entre os princípios constitucionais, não há conflito, mas complementariedade.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. p. 56

³⁴ SZTAJN, R. Law and Economics. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). Direito & Economia. 01 ed. v.1 Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de concentração econômica no setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. Revista de Direito da Concorrência. 2003. pp. 56-87.

2. DAS TEORIAS CONCILIADORAS ENTRE A SUPREMACIA DO DIREITO REGULATÓRIO E O DIREITO ANTITRUSTE

Segundo Carlton e Picker³⁵, é possível questionar: as leis antitruste não seriam suficientes para regular todas as indústrias? De um ponto de vista geral, apesar da teoria antitruste ter sido elaborada de modo a promover a eficiência, protegendo o processo concorrencial para o benefício da sociedade, o antitruste e a regulação possuem diferentes vantagens comparativas. Como se pode verificar nas seções anteriores, tanto a defesa da concorrência quanto à regulação. Seria um misto de Direito, Economia e Política, mas o antitruste estaria mais organizado em torno do pensamento econômico e, de outro lado, a regulação seria mais frequentemente moldada pelo processo político.

Ademais, os tribunais antitruste são o *locus* para a aplicação da lei, ou seja, a eles restaria a responsabilidade de implementar as regras gerais de concorrência, não sendo os mais adequados para fazer avaliações sobre o preço correto ou a qualidade de qualquer bem ou serviço. Tal tarefa recairia sobre as agências reguladoras por seu caráter mais especialista.

Na mesma direção, Posner³⁶ entende que as agências seriam mais especializadas, o que facilitaria o desenvolvimento de competências em matérias técnicas. Essas agências geralmente possuem grandes equipes e poderes para realizar tanto uma regulação ex ante quanto ex post. No entanto, devido à maior influência política que as agências sofrem, elas estariam sujeitas a pressões de certos grupos. Os interesses específicos desses grupos poderiam levar aposições anticompetitivas, como, por exemplo, o bloqueio à entrada de novos agentes em determinado setor devido à influência dos agentes já estabelecidos.

Outro ponto destacado por Posner,³⁷ seriam as dificuldades encontradas na aplicação das políticas de regulação quanto à dependência em relação às informações fornecidas pelas empresas, que muitas vezes podem ser insuficientes. O autor ainda destaca que uma política de

³⁵CARLTON, D. W.; PICKER, R. C. Antitrust and regulation. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Cambridge, n. 12902, fev. 2007. pp. 13-14.

³⁶POSNER, R. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. National Bureau of Economic Research, revisado em Jan. 2010. pp. 12-13.

³⁷POSNER, R. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. op. cit. p. 13.

regulação pode sofrer com a necessidade de passar por um duplo processo na sua implementação, pois as decisões das agências são recorríveis ao judiciário.

Valério,³⁸ por sua vez, considera que nas atividades reguladas existe a possibilidade da solução para certas práticas anticompetitivas se mostrarem mais eficazes quando aplicadas pela agência reguladora, pois poderia ocorrer reforma mais célere do que feita pela autoridade antitruste, devido ao caráter preventivo de certas ações do agente regulador. Nesse sentido, Mello³⁹ complementa:

[...] o exercício desse papel preventivo da autoridade reguladora poderia independe de autorização legal expressa, visto que estaria agindo em consonância com um princípio constitucional de observância obrigatória independentemente de previsão em lei específica. Contudo, duas ressalvas devem ser feitas: algumas regras podem implicar restrição à liberdade dos agentes regulados (a obrigação de permitir o livre acesso, e.g.) o que requer fundamento legal. Em segundo lugar, a adoção de medidas de natureza preventiva pela agência reguladora não afasta a competência da autoridade antitruste para apreciar condutas ou atos de concentração, salvo disposição expressa de lei que a atribua à agência reguladora.

De acordo com Carlton e Picker,⁴⁰ ao longo da história verificou-se que o antitruste e a regulação têm, algumas vezes, competido e, em outras, colaborado no processo de controle da concorrência. O resultado dessa interação, pelo menos nos Estados Unidos onde ela já ocorre há mais de um século, foi que a política antitruste se mostrou mais duradoura. Isto pode ser justificado, principalmente, pelo fato da fundamentação econômica ter melhora do significativamente a eficácia da legislação antitruste e a sua aplicação, através de um sistema judiciário independente, ter apresentado uma menor promoção de interesses particulares e menores custos para a sociedade.

No entanto, não significa que toda a regulação deva desaparecer. Em especial, nas indústrias com características de monopólio natural é fundamental que a regulação procure permitir maior concorrência possível, limitada apenas pela legislação antitruste. Nas atividades que permanecerem parcialmente reguladas, as políticas antitruste e de regulação podem ser usadas conjuntamente de forma a se complementarem no controle da concorrência. Para Posner,⁴¹ um sistema misto (antitruste e regulação atuando conjuntamente) é menos suscetível à influência

³⁸ VALÉRIO, M. A. G. Antitruste em setores regulados. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006. p. 242.

³⁹ MELLO, M. T. Regulação e defesa da concorrência: interação conflitos e critérios de solução. Rio de Janeiro: ANPEC, dez. 2003. p. 7.

⁴⁰CARLTON, D. W; PICKER, R. C. Antitrust and regulation. National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Cambridge, n. 12902, fev. 2007. pp. 2-4.

⁴¹POSNER, R. Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework. op. cit. p. 13.

de interesses de grupos específicos, pois seria necessário influenciar tanto a agência quanto o tribunal. Por outro lado, no sistema misto as decisões seriam mais demoradas e os resultados relativamente incertos, além de uma duplicação de custos tanto para o setor público quanto para os entes privados.

Um ponto importante que merece ressalva é o de que regulação e antitruste não são alternativas excludentes. A ideia de que a redução da regulação em determinado mercado necessariamente está relacionada a um aumento da competição nesse mercado é equivocada. A desregulação não enseja automaticamente o aumento da concorrência. Na verdade, segundo Sullivan e Harrison⁴², as políticas de regulação e antitruste são aliadas na obtenção de um mesmo fim, ou seja, ambas buscam a eficiência nos mercados, mesmo que por caminhos distintos; a regulação, por meio do controle de preços, quantidades, condições de entrada e outros; e a política antitruste por meio da promoção e preservação do processo natural de concorrência.

Ademais, seria possível perceber que a regulação não retira as preocupações com a defesa da concorrência, pois, nas situações de regulação parcial, observa-se que, mesmo com as autoridades controlando as decisões dos agentes, ainda existem lacunas nas quais esses agentes podem livremente formular estratégias para a utilização abusiva do poder de mercado. Enfim, mesmo nos mercados regulados existe o potencial para a adoção de condutas anticompetitivas.

Desse modo, verifica-se a necessidade do controle do abuso do poder de mercado⁴³ por parte das autoridades antitruste em qualquer mercado que exista a mínima possibilidade de uma conduta anticoncorrencial.

A relação entre autoridades antitruste e agências reguladoras enseja duas situações que interagem constantemente. De um lado, a busca pela aplicação sistemática da política antitruste e, de outro lado, a tentativa de se atribuir a um determinado ente a capacidade de resolver problemas de significativa especificidade e tecnicidade. Desse modo, é possível verificar o surgimento de conflitos de competência tanto positivos quanto negativos. Podem ocorrer situações em que ambas as autoridades, autoridade antitruste e agência reguladora, entendem que

⁴² SULLIVAN, E. T.; HARRISON, J. L. Understanding antitrust and its economics implications. 5 ed. New York: Lexis Publishing/Matthew Bender, 2009. p. 9.

⁴³ Existem duas categorias principais de abuso. Os abusos por exploração (em que a empresa em posição dominante explora o domínio que exerce no mercado em detrimento dos demais agentes econômicos), que englobam, por exemplo, preços excessivos, condições contratuais não equitativas ou discriminação e os abusos por exclusão (orientados para o afastamento de concorrentes do mercado), que englobam, por exemplo, a recusa de fornecimento, a prática de preços predatórios ou de esmagamento de margem. Schuartz, L. F. “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito da concorrência brasileiro”. In: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, ano 23, n 094, abril/junho 1994, p. 14.

é de sua competência influir sobre determinado assunto. Pode acontecer, ainda, de ambas concluírem que a responsabilidade de atuar sobre aquele assunto é da outra.

Conforme Salomão Filho,⁴⁴ o direito norte-americano discutiu bastante a relação entre o poder regulatório e o antitruste. Como resultado, surgiram duas teorias para tentar amenizar os conflitos existentes entre esses dois direitos. A primeira foi a Teoria da Ação Política (*State action Doctrine*) que acabou por defender que, para existir de fato imunidade do Direito Antitruste, é preciso que uma clara política faça a lei definir expressamente que afasta os princípios concorrenciais, com a intenção de substituir o Antitruste e que haja supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas.

A segunda teoria, por sua vez, é chamada de Teoria do Poder Amplo (*Pervasice Power Doctrine*), e verifica se a competência de uma agência, ao receber suas atribuições por lei, foi dotada de poderes suficientemente extensos e profundos para afastar o Direito Antitruste.

De acordo com Marçal Justen Neto⁴⁵:

Embora se verifique em certa medida a influência de tais teorias no Brasil, o fato é que elas não são integralmente compatíveis com o nosso sistema jurídico. Por isso, não há o afastamento integral da disciplina concorrencial nos setores regulados.

A relação entre antitruste e regulação sempre foi conturbada, mas verificamos que o resultado da sua interação pode ser bastante positivo para as agências envolvidas e para os agentes envolvidos, ainda que seja bastante complicado atingir tal otimização. Tratadas as questões de regulação e concorrência, passamos a estudar o setor específico escolhido para este trabalho: energia elétrica no Brasil.

⁴⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. pp. 27-35.

⁴⁵JUSTEN NETO, M. Defesa da Concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 42, agosto 2010.

3. MERCADOS DE ENERGIA ELÉTRICA

O setor de energia elétrica tem sido submetido, no Brasil, a um significativo processo de transformação em suas estruturas: qualificado como monopólio natural, esse setor hoje se vê mais aberto ao mercado e, por isso, sujeitando-se às normas de defesa da concorrência, aplicadas pelo CADE em coordenação com os Ministérios da Fazenda e da Justiça, e à regulação pública setorial, exercida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). O mercado de energia elétrica é, por essência, qualificado como de competitividade restrita e imperfeita.⁴⁶ Conta ainda com particularidades como a baixa elasticidade de demanda em relação ao preço no curto prazo, a incapacidade de armazenar-se eletricidade economicamente e os altos custos de entrada, que dificultam o desenvolvimento de mercados competitivos, haja vista que a substituição no uso desses, quando factível, se dá no longo prazo, dada a necessidade de alteração do parque técnico.⁴⁷

Energia elétrica é um bem não estocável, pois, depois de produzido, não pode ser armazenado nas quantidades necessárias de modo econômico: a oferta e a demanda devem ocorrer simultaneamente. Também se caracteriza por ser um bem intrinsecamente homogêneo, isto é, por não ser possível distinguir elétrons, não se pode precisar qual a fonte de geração da energia transportada nas redes de transmissão e distribuição. Por fim, não é um bem dirigível, na medida em que o fluxo de energia elétrica pelos condutores segue o caminho da menor resistência, segundo a Lei de Ohms. Assim, não é viável traçar-se um caminho predefinido para a transmissão de energia de um ponto para o outro.⁴⁸

Nas operações do setor de energia, porém, a definição do mercado ainda é objeto de divergência por parte das autoridades. Até 2007, o mercado de geração de energia era visto pelas autoridades de defesa da concorrência como sendo único e de âmbito nacional, englobando as diferentes matrizes energéticas – hídrica, térmica, eólica e nuclear. No entanto, a partir desse ano, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda passou a adotar

⁴⁶ GIRARDI, Claudio. Regulação da energia elétrica: uma visão prática. In: ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). Regulação pública da economia no Brasil. Campinas: Edicamp, 2003. p. 211.

⁴⁷ Fonte: <http://www.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/mapdelgado.pdf> acesso em 03/09/2014 p. 121.

⁴⁸ GONÇALVES, Pedro, Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação. Editora: Coimbra Editora. 2008. p. 78.

definição mais restritiva, segregando diferentes mercados em função das diferentes matrizes. Esse entendimento baseia-se na percepção de que variam os volumes de investimentos e prazos para entrada em operação de cada tipo de unidade geradora.

O critério adotado, contudo, não reflete de maneira adequada a realidade do novo modelo do setor elétrico, instituído pelas Leis nº 10.847 e nº 10.848, de 2004, e pensado para viabilizar a diversificação da matriz energética brasileira, até então excessivamente dependente da energia hidrelétrica. A política de diversificação possibilitou a integração das fontes hídricas e térmicas em estrutura única de geração de energia, apesar das diferenças de custos e processos produtivos. O objetivo era garantir a possibilidade de substituição entre as matrizes energéticas, assegurando a confiabilidade do suprimento em todas as regiões.

A existência de um único mercado relevante também decorre do Ambiente de Contratação Regulada, no qual a comercialização da energia é feita por meio de leilões promovidos pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Os leilões limitam o poder de decisão dos agentes sobre condições de oferta e restringem a possibilidade de escolha de distribuidoras e consumidores finais, na medida em que todos os geradores vendem energia para todas as distribuidoras, independentemente da matriz elétrica.

Por fim, a unicidade do mercado é ainda garantida pela centralização das decisões relativas à geração de energia no Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), que busca obter o melhor aproveitamento dos recursos existentes. Com base em informações sobre os níveis dos reservatórios, as tendências hidrológicas e os custos de geração e de comercialização das termelétricas, o ONS define quais usinas atenderão a demanda em dado momento.

Como se vê, as autoridades regulatórias tiveram cuidado especial com o planejamento e implantação do novo modelo do setor elétrico, cujos objetivos incluem a integração de todo o sistema de geração de energia brasileiro, não obstante as diferenças em custos e processos produtivos. Justamente por isso, a opção de segregar mercados relevantes em função do tipo de unidade geradora não tem sido adotada em todos os casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.⁴⁹

Sobre a avaliação do mercado relevante na sua dimensão geográfica, cabe destacar os argumentos trazidos pelo voto do Conselheiro-Relator Paulo Furquim de Azevedo, no Caso

⁴⁹ Fonte: http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20110525165033_dezembro---o-cade-e-o-mercado-de-energia-eletrica.pdf Acesso em 19/08/2014

Petrobrás – Usina Termoelétrica Petrolina, AC 08012.007852/2007-85, de 23/07/2008, pois reforçam a fragilidade dos argumentos para uma segmentação geográfica do mercado relevante, ou seja, de que restrições de transmissão implicariam diferenciação de preços entre os diferentes submercados que justificariam uma segmentação geográfica.

Conforme argumenta o Conselheiro-Relator, tendo em vista os dados extraídos dos Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR) no ano de 2007 encaminhados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE:

“não faz sentido segmentar geograficamente o mercado de geração em subsistemas (ou sub-mercados), posto que o fluxo de energia elétrica entre os diversos subsistemas é consideravelmente alto, sendo que em alguns casos quase 90% da energia comprada dentro de um subsistema provém de subsistemas diversos. Tais informações revelam um elevado grau de integração entre os subsistemas, de tal modo que a análise das condições de concorrência no fornecimento de energia elétrica deve contemplar os participantes em conjunto de subsistemas.”

Essas características acabam não só por distinguir o setor de energia elétrica dos demais como também impõem a necessidade de se definir em quais segmentos existem condições de ser implementada a defesa da concorrência. Em um setor tão delicado, faz-se necessária a presença de uma regulação pública, eficiente, responsável, transparente e consensual. Assim podem-se imaginar condições à manutenção de um ambiente propício à prestação universal do serviço público e ao aporte de investimentos intensivos em capital, especialmente nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, que possuem grande prazo para retorno de investimentos. Assim, cabe ao regulador editar normas voltadas a evitar condutas anticompetitivas, criar igualdade na condição de acesso às redes de transmissão, formação de preços e qualidade de serviços.

A indústria de energia elétrica pode ser dividida em cinco atividades principais⁵⁰: geração, transmissão, operação do sistema, distribuição e fornecimento. A geração consiste na produção de energia elétrica para venda às distribuidoras e fornecedores. A transmissão envolve o transporte dessa energia em linhas de alta tensão, como forma de minimizar as perdas, até os centros de distribuição. A operação de sistemas visa a coordenar a produção de energia em tempo real para que este atenda à demanda de forma contínua, levando em consideração todas as

⁵⁰PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de Energia Elétrica explorados em regime de Direito Privado. Curso de Especialização em Direito Regulatório da Energia Elétrica – 15 de janeiro de 2009. p. 4 http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf Acesso em: 20/08/2014

restrições do processo de produção e do sistema de transmissão para o funcionamento eficiente do sistema.

Já a função da distribuição consiste na transformação da energia em alta voltagem, recebida do sistema de transmissão, para a de baixa voltagem, utilizada pelos consumidores finais, incluindo a medição e a cobrança pelo consumo desses últimos. A função de fornecimento consiste na compra de energia no atacado para a venda no varejo, diferenciando-se da anterior pela ausência de uma rede de distribuição, e seu foco são os consumidores de eletricidade que podem escolher seu fornecedor. O Brasil atualmente permite essa escolha somente para consumidores com demanda de 10.000 kW, enquanto que em países como o Reino Unido e a Noruega, todos os consumidores tem esse direito.⁵¹

Em seu trabalho sobre a introdução da concorrência em mercados de eletricidade, Sally Hunt⁵² define quatro tipos de modelos que diferem quanto ao nível de desregulamentação. O primeiro modelo é o tradicional monopólio verticalmente integrado que abrange toda a cadeia produtiva, sendo as únicas exceções às empresas independentes que realizavam a distribuição, enquanto as outras áreas permaneciam integradas.

No segundo modelo, existem geradores independentes que vendem sua energia ao monopólio integrado por meio de contratos de longo prazo, que geralmente abrangem toda a produção da usina geradora em questão durante sua vida útil.

Esse modelo geralmente é utilizado em países em desenvolvimento para atrair investimento externo, com contratos realizados em dólares para garantir o retorno do investimento. A competição começa no terceiro modelo, no qual não há mais regulação da geração, e os grandes consumidores e distribuidoras podem contratar livremente seu consumo de energia elétrica. No entanto, as distribuidoras ainda detêm o monopólio do fornecimento aos pequenos consumidores finais e é essa a diferença entre o terceiro e o quarto modelos, que permite que todos os consumidores escolham seus fornecedores.

No Brasil, a operação e o planejamento do sistema eram fruto da cooperação técnica de empresas estatais federais de transmissão e geração e estatais estaduais de distribuição. Segundo Bandeira⁵³, em estudo das alterações propostas para o modelo do setor elétrico

⁵¹GONÇALVES, Pedro, Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação. Editora: Coimbra Editora. 2008 cap. 4.3 - Infraestruturas em rede. P. 97

⁵²HUNT, Sally. Making competition work in electricity. John Wiley& Sons, 2002. pp. 78-85.

⁵³BANDEIRA, Fausto de Paula M. Análise das alterações propostas para o modelo do setor elétrico brasileiro.

brasileiro, não havia incentivos à eficiência, e critérios políticos regiam os investimentos na expansão do sistema. Essas estatais sujeitavam-se a frequentes cortes em seus orçamentos e à utilização de congelamento de suas tarifas como forma de atingir metas macroeconômicas desejadas pelo governo - controle da inflação, por exemplo. Os investimentos das estatais viam-se frequentemente sujeitos a atrasos em seus cronogramas, em um quadro que evoluiu até o esgotamento da capacidade de financiamento estatal.

3.1 Mercados competitivos de energia elétrica

3.1.1 Ponto de vista da regulação

Mercados de energia elétrica possuem particularidades que os tornam inherentemente imperfeitos, como dito anteriormente, e seu desenvolvimento requer que se atente às restrições de natureza tanto física quanto econômica existentes. Joskow e Schmalensee,⁵⁴ em seu trabalho pioneiro, apontam para o problema importante na falta de resposta da demanda a variações no preço *spot* no curto prazo, ou seja, o preço à vista de uma determinada mercadoria no momento da transação.

De maneira geral, portanto, o consumidor de energia sempre foi cobrado de acordo com uma tarifa regulada, que consistia em uma média dos preços *spot* que seriam verificados no período em questão, caso esse mercado de preços *spot* existisse. Isso isenta os consumidores da exposição às flutuações do preço que ocorrem no curso de um dia, de modo que sua demanda é inelástica a essas variações no preço. Desse modo, é necessária a existência da capacidade geradora adicional apenas para suprir a demanda superior dos horários de pico, uma vez que os preços mais altos verificados nesses períodos não reduzem o consumo para equilibrar o mercado.

O sistema de transmissão é outro ponto delicado. Ao contrário de outros sistemas de transporte, em que se pode distinguir com clareza o percurso realizado do vendedor ao comprador, a energia flui em corrente alternada livremente por todo o sistema de transmissão.

Câmara Legislativa, Estudo, ago. 2003. p. 46.

⁵⁴ JOSKOW, Paul L; SCHMALENSEE, Richard. Markets for power: analysis of electric utility deregulation. MIT Press, 1983. p.43.

Seu deslocamento se dá de acordo com as Leis de Kirchhoff, com a energia fluindo por todos os caminhos possíveis entre um ponto de injeção e um de extração na proporção inversa à impedância. Em uma analogia bastante simplificada, podemos comparar o sistema de transmissão a um reservatório de água, com os geradores colocando água e os consumidores retirando-a, mas sem que se possa saber quem consumiu a água produzida por determinado gerador.⁵⁵

A complexidade do sistema de transmissão decorre de sua fragilidade em relação a excesso de cargas e de sua natureza interligada. Um excesso de carga que provoque a falha de uma linha de transmissão pode rapidamente se espalhar por todo o sistema, com a eletricidade sempre seguindo o caminho de menor resistência: em caso de falha em uma linha de transmissão, o fluxo que ali se encontrava busca instantaneamente o caminho de menor resistência, espalhando-se pela rede de transmissão e, possivelmente, sobrecarregando outras linhas.⁵⁶

É aí que surge a figura do operador do sistema (OS). Sua função consiste basicamente no despacho sincronizado dos geradores, com o intuito de manter a carga sempre dentro dos limites do sistema de transmissão e garantir equilíbrio instantâneo entre a oferta e a demanda. Para isso, a coordenação do sistema deve ser feita em tempo real. Além das capacidades de cada gerador, ele deve levar em consideração seu tempo de resposta, o que pode variar consideravelmente.⁵⁷

Essa sincronização, assim como a manutenção da voltagem dentro do sistema de transmissão, exige reservas de capacidade geradora que possam ser prontamente coordenadas pelo operador do sistema, podendo ser tanto de geradores com resposta rápida como de grandes consumidores que podem reduzir seu consumo em curtos períodos de tempo. Essa eletricidade muitas vezes é comercializada em mercados separados como reserva ou serviços auxiliares. Esses serviços diferem entre si pela função e velocidade com que podem estar disponíveis; são fundamentais para o bom funcionamento do sistema e um desenho de mercado eficiente deve remunerar de maneira adequada essa capacidade adicional necessária.

As redes de transmissão e distribuição são monopólios naturais. Os ganhos de escala e a inviabilidade de existirem várias redes de eletricidade competindo por uma mesma áreas inibem qualquer possibilidade de competição nessas áreas. Desse modo, garantir livre acesso à distribuição e à transmissão é uma prerrogativa básica de um modelo que busque introduzir a

⁵⁵HUNT, Sally. Making competition work in electricity. John Wiley& Sons, 2002. pp. 78-85.

⁵⁶http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf Acesso em: 20/08/2014

⁵⁷http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf Acesso em: 20/08/2014

concorrência na geração. Caso o proprietário do sistema de transmissão possa restringir o acesso ou cobrar taxas excessivas a qualquer gerador do sistema, este verá sua capacidade de competir seriamente prejudicada. O mesmo ocorre com a rede de distribuição: restrições ao uso por parte de fornecedores independentes impedem o desenvolvimento de concorrência efetiva entre os participantes.

O OS entra, então, como peça fundamental para viabilizar a existência de mercado competitivo, devendo haver separação total entre a operação do sistema e qualquer agente que participe de atividades competitivas, de modo que ele seja guiado apenas por considerações sobre a eficiência e a estabilidade do sistema⁵⁸.

O grau de controle do OS varia de acordo com o desenho do mercado do qual ele faz parte. Adotando as definições dadas por Wilson⁵⁹, de um lado existem os modelos “centralizados” (ou integrados), que buscam imitar o funcionamento de um sistema verticalmente integrado para se apropriar dos ganhos de eficiência que derivam da maior coordenação entre os agentes; e, do outro, existem os modelos “desagregados” (*unbundled*), que se apoiam em múltiplos mercados para o fornecimento eficiente de energia e dos serviços necessários ao funcionamento eficiente do sistema.

Mercados integrados baseiam-se em uma série de contratos, assinados por todos os participantes, que passam o controle de todos os mercados multilaterais - futuros, *spot*, transmissão, serviços auxiliares, etc. - para o OS. Cada gerador participante do mercado é obrigado a fornecer a esse operador dados que, dependendo do modelo, podem ser tanto de natureza técnica quanto de preços e quantidades que ele esteja interessado em vender ou ambos. De posse dos dados, o operador do sistema simula o funcionamento de um mercado por meio de programas de otimização para assegurar que a oferta se iguale à demanda em tempo real da maneira mais eficiente possível, tendo em vista todas as restrições impostas pelo sistema de transmissão.

Sistemas “desagregados” partem da premissa de que a participação nos mercados é voluntária e sem nenhuma obrigação de longo prazo, com exceção de uma tarifa geral aprovada pelo regulador. A existência de mercados de futuros é encorajada; da interação entre eles é que surgem preços competitivos. O OS restringe-se ao papel de administrar as operações em tempo real, garantido a estabilidade do sistema. Contratos de longo prazo têm amplas possibilidades de

⁵⁸LEAUTIER, Thomas-Oliveier. Transmission constraints and imperfect markets for power. *Journal of Regulatory Economics*, v. 19, Issue, 1, p. 27, Norwell, Jan. 2001. p. 64.

⁵⁹ WILSON, Robert. Architecture of power markets. *Econometrica*, July 2002. pp. 4, 42, 70.

ser negociados em mercados subsequentes, de modo que se possam contornar restrições de natureza física ao cumprimento dos contratos. Essa restrição à atuação do operador do sistema pode ser uma fonte de ineficiência caso os mercados se mostrem mal coordenados ou distorcidos por uma regulação mal elaborada. De modo geral, modelos “desagregados” são mais flexíveis e permitem que os preços sejam contestados por outros participantes, estimulando a concorrência, o que pode não ocorrer em sistemas centralizados.

Podemos falar ainda dos modelos híbridos. Pode existir um *pool* para obtenção de preços *spot* sem que isso impeça os agentes de contratar livremente entre si por meio de contratos bilaterais, com o controle do sistema permanecendo na mão do OS para que este despache da maneira mais eficiente possível. Os contratos firmados entre os agentes são repassados ao operador do sistema, que organiza o sistema a fim de minimizar os custos de operação.

3.1.2 Ponto de vista da concorrência:

Salomão Filho⁶⁰ diz que o estágio de interação entre o sistema concorrencial e o sistema regulatório elétrico é híbrido, oscilando entre a introdução gradual de livre concorrência e o controle pela regulação. Esclarece, ainda, que, quanto uma possível interpretação de imunidade antitruste da legislação, a Aneel não a exerce de forma profunda, e que para o atual quadro institucional deve-se reconhecer que ainda não estão claros os limites da aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, e que para que esses limites sejam determinados com clareza é fundamental a boa interação entre o sistema regulamentar e o sistema concorrencial. Por fim, Salomão Filho⁶¹, entende que as tentativas de interação entre os sistemas que vem sendo feitas são ainda insatisfatórias, e com base em convênios “a ANEEL emite pareceres sobre atos de concentração submetidos ao CADE, sem prejuízo de que SEAE/MF e SDE/MJ façam o mesmo. Trata-se de um típico de duplicação de trabalho e má utilização dos recursos públicos, causadas pela indefinição no relacionamento entre o sistema regulamentar e concorrencial.”

⁶⁰SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. p. 250.

⁶¹SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. pp. 252-253.

Contudo a opinião de Salomão Filho baseia-se na realidade da lei 8884/94, que foi substituída pela Lei 12.529/11, e que justamente procurou racionalizar a atuação do SBDC com a mudança estrutural promovida. A reformulação do Sistema eliminou a sobreposição de atividades e propiciou redução significativa na duração média da análise de atos de concentração⁶². Foi justamente essa transparência e enfoque mais técnico proporcionados pela nova lei que resultou em maior proximidade entre o SBDC e os órgãos dos setores regulados, incluindo a ANEEL, compartilhando assim, a *expertise* antitruste para análise de atos de concentração nos respectivos setores.⁶³

O jurista Marçal Justen Neto, em seu artigo⁶⁴ Defesa da Concorrência no Setor de Energia Elétrica, esclarece que a ANEEL que tem competência para adotar medidas preventivas e repressivas tanto no controle de condutas quanto no controle de estruturas. Esclarece ainda que, “*além disso, a redação do art. 3º, inc. IX é suficientemente ampla a ponto de comportar a interpretação de que caberia à ANEEL a aplicação da Lei de Concorrência no setor de energia elétrica*”.

Ainda segundo Marçal Justen Neto, no tocante a isenção antitruste, nos ensina que “*parece evidente que a lei não pretendeu afastar a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no setor*. Continuando, afirma que “*(...) ao contrário, determinou a articulação entre o regulador setorial e os órgãos de defesa da concorrência - algo que, em certa medida, já constava do art. 36 da Lei n. 8.884. Há um dever de harmonização de atuações...*”

Neste mesmo artigo finaliza afirmando que:

a atuação da ANEEL em matéria de defesa da concorrência se limita a fornecer subsídios técnicos para fundamentar a elaboração dos pareceres econômicos pelas secretarias. As manifestações da agência reguladora não têm caráter vinculativo... O parecer da SDE deve apreciar expressamente os subsídios fornecidos pela agência reguladora e só poderá afastá-los motivada e fundamentadamente.

Já Luciano Sotero Santiago⁶⁵, esclarece que o CADE entende que foram conferidos à Aneel somente poderes para zelar pela defesa da concorrência, conforme se segue. A respeito da

⁶² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. op. cit. p. 112.

⁶³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste. op. cit. p. 113.

⁶⁴ JUSTEN NETO, M. Defesa da Concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 42, agosto 2010. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>>. Acesso em 22/08/2014.

⁶⁵ SANTIAGO, L. S. Direito Da Concorrência, Salvador: Podivm, 2008. Cap. 10. p. 391-392.

relação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a ANEEL, o CADE já decidiu o seguinte:

Cabe à ANEEL tão-somente a função de zelar pela lei de defesa da concorrência, devendo monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, podendo, inclusive, se conveniente for, estabelecer restrições, limites e condições apenas quanto à obtenção de transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, não mencionando a lei instituidora da ANEEL qualquer poder à mesma (sic) no intuito de promover a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ou mesmo excluindo o CADE de promovê-la. (...) O artigo 54 da Lei n. 8.884/94 deixa claro que não existem exceções nem casos específicos que retirem do CADE a competência para conhecer dos atos de concentração, mesmo quando seus efeitos são confirmados no âmbito de setores regulados, como é o caso do setor elétrico.

Como visto acima, a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre os limites da aplicação da lei concorrencial junto ao setor elétrico e cuja divisão de competência entre Aneel e SBDC ainda está a duplicar esforços e causa indefinição quanto ao papel do CADE. A indefinição dos limites de atuação quanto à competência entre a ANEEL e o Cade quando a defesa da concorrência chegou ao conhecimento do Tribunal Regional Federal (TRT) da 1^a Região, que apreciando Agravo de Instrumento n. 2002.01.00.011049-9IDF, tendo como Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 5^a Turma, DJ 13.09.2002, p. 205, entendeu que:

“Está errada a tese das agravadas de que cabe somente a ANEEL a competência para definir o mercado relevante do setor de distribuição de energia elétrica, nos termos da Lei 9.247/96.”. Continuando o TRT 1^a Região esclarece que “as alterações introduzidas pela Lei n. 9.648/98, atribuem à ANEEL, devidamente articulada com a Secretaria de Direito Econômico do MJ, o estabelecimento de limites, restrições ou condições que propiciem a concorrência e impeçam efeitos danosos da concentração econômica no setor elétrico, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência”.

E, por fim, entendeu o Egrégio Tribunal, interpretando a Lei 9.427/96 que a mesma: “não dá competência à ANEEL para aplicar as sanções da Lei 8.884/94 e se há abuso de poder econômico. Não existe exceção que retire do CADE a competência para apreciar os atos de concentração, mesmo nos casos de setores econômicos que têm regulamentação específica.”, conforme Santiago⁶⁶: Numa rápida interpretação dos incisos VIII e XIII do art. 3º da Lei n. 9.427/96, inferimos que parecem afirmar que ANEEL tem poderes, independentemente do

⁶⁶ SANTIAGO, L. S. Direito Da Concorrência, Salvador: Podivm, 2008. Cap. 10. p. 386.

CADE, para, visando à concorrência efetiva, impor restrições às empresas vinculadas ao setor elétrico, pois não dispõe que estes atos devem ser submetidos ao Cade, apesar do parágrafo único da referida lei timidamente determinar articulação com SDE/MJ.

Apesar das divergências de opiniões sobre o papel da ANEEL na defesa da ordem econômica, concluímos que algumas competências do SBDC foram transferidos para a Aneel, contudo não de forma clara e profunda o suficiente para que exista uma isenção quanto à aplicação da lei antitruste brasileira, no setor elétrico, entretanto houve unanimidade entre os autores retro mencionados no tocante a necessidade de harmonização de atuações entre o SBDC e a ANEEL.

4. BRASIL: UM SETOR EM TRANSIÇÃO

É de conhecimento comum e geral a forte dependência do Brasil da geração de energia elétrica por meio das usinas hidroelétricas. Alguns países, como a Noruega e a Nova Zelândia, tem também forte dependência de fontes hidroelétricas. Mas é somente no Brasil que se encontram diversas hidroelétricas que compartilham os mesmos recursos hídricos, ou seja, uma mesma bacia hidrográfica. A complexidade desse tipo de sistema está no fato de que as bacias hidrográficas estão sujeitas a diferentes riscos hidrológicos, como regimes de chuva e seca, tornando o nosso sistema bastante sensível.⁶⁷

A reestruturação do sistema elétrico brasileiro começou com a Constituição de 1988⁶⁸, onde o art. 175 dispôs que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Contudo, a chamada Lei das Concessões só veio a ser promulgada no governo de Fernando Henrique Cardoso, em 1995, criando as figuras do produtor independente e dos consumidores livres e instituindo o livre acesso desses agentes ao sistema de transmissão existente.⁶⁹

Por sua vez, a promulgação da Lei de Concessões permitiu a criação do Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Reseb). Esse projeto tinha como objetivos assegurar o fornecimento, atrair investimentos privados, aprimorar a eficiência no emprego de recursos no setor e permitir a redução das despesas e da dívida pública com a entrada de recursos gerados pela privatização dos ativos estatais. Tal Projeto Reseb gerou considerável documentação sobre o estado do setor elétrico brasileiro entre 1996 e 1998, formulando recomendações que permitissem a introdução de um modelo baseado na concorrência para o setor. O ano de 1998 é considerado data de entrada em vigor de um novo modelo do setor elétrico. Entretanto, antes que todas as recomendações fossem adotadas para a implementação do modelo, veio a crise de abastecimento

⁶⁷ BYE, Torstein. A Nordic energy market under stress. Economic Surveys, 4, p. 26-37. Statistics Norway, 2003 In: MME. Modelo institucional do setor elétrico. p. 30, Brasília, 17 dez. 2003.

⁶⁸ ALMEIDA, L. H. B., Análise da implantação de leilões de energia elétrica no processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2005. p. 57.

⁶⁹ CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público. Curitiba: Ed. Juruá, 2001. p. 87.

de 2001, que paralisou processo.⁷⁰

Nas eleições de 2002, o modelo para setor sofreu forte crítica dos grupos que formavam a oposição, gerando propostas de campanha de um novo modelo para o setor no qual se reduzia consideravelmente o âmbito da concorrência. Com a eleição de Lula em 2003, o Ministério de Minas e Energia do novo governo publicou uma proposta⁷¹ para uma nova regulamentação, cujos três objetivos eram: “garantir a segurança de suprimento de energia elétrica, promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados e promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento”. No entanto, o modelo realmente apresentado guarda pouca semelhança com as propostas de campanha, diferindo também do modelo FHC em seu caráter centralizador no que se refere ao planejamento e à compra de energia. O desenho original do mercado foi conservado, com exceção de pequenas mudanças.

Tendo em vista as diversas alterações que o Sistema Elétrico Brasileiro sofreu até o modelo vigente, a seguir é apresentada uma tabela com um resumo das principais mudanças entre os modelos anteriores e o modelo atual.

Modelo antigo (até 1995)	Modelo de Livre Mercado (1995 a 2003)	Novo modelo (2004)
Financiamento através de recursos públicos	Financiamento através de recursos públicos e privados	Financiamento através de recursos públicos e privados
Empresas verticalizadas	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição e comercialização	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação.

⁷⁰ É o que explica Bandeira em sua obra. BANDEIRA, Fausto de Paula M. Análise das alterações propostas para o modelo do setor elétrico brasileiro. Câmara Legislativa, Estudo, ago. 2003.

⁷¹ BRASIL. Ministério das Minas e Energia. Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico. [Brasília]:[s.n.], julho, 2003.

Empresas predominantemente Estatais	Abertura e ênfase na privatização das Empresas	Convivência entre Empresas Estatais e Privadas
Monopólios - Competição Inexistente	Competição na geração e Comercialização	Competição na geração e comercialização
Consumidores Cativos	Consumidores Livres e Cativos	Consumidores Livres e Cativos
Tarifas reguladas em todos os Segmentos	Preços livremente negociados na geração e comercialização	No ambiente livre: Preços livremente negociados na geração e comercialização. No ambiente regulado: leilão e licitação pela menor tarifa
Mercado Regulado	Mercado Livre	Convivência entre Mercados Livre e Regulado
Planejamento Determinativo - Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS)	Planejamento Indicativo pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)	Planejamento pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE)
Contratação: 100% do Mercado	Contratação : 85% do mercado (até agosto/2003) e 95% mercado (até dez./2004)	Contratação: 100% do mercado + Reserva
Sobras/déficits do balanço energético rateados entre compradores	Sobras/déficits do balanço energético liquidados no MAE	Sobras/déficits do balanço energético liquidados na CCEE. Mecanismo de Compensação

		de Sobras e Déficits (MCSD) para as Distribuidoras.
--	--	--

Fonte: CCEE

4.1 O modelo FHC

Com o intuito de liberalizar o mercado de energia elétrica e iniciar o processo de privatização dos ativos federais no setor elétrico, o governo contratou um consórcio encabeçado pela firma de consultoria britânica Coopers&Lybrand para a elaboração de um novo modelo institucional. O modelo proposto, fortemente inspirado no modelo inglês, previa a criação de um ambiente competitivo nas áreas de geração e distribuição, com a transmissão permanecendo como um monopólio regulado.⁷²

O MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica) tinha como objetivos o estabelecimento de um preço que refletisse, a cada período de tempo, o custo marginal da energia no sistema, de modo que este respondesse a alterações de oferta e demanda e sinalizasse a necessidade de novos investimentos. Esse preço serviria como base para contratos bilaterais de longo prazo destinados a reduzir a volatilidade dos preços. No MAE, geradores e comercializadores negociariam sua energia não contratada, criando um ambiente multilateral em que os comercializadores pudessem comprar de quaisquer geradores estes pudessem vender a quaisquer comercializadores, possibilitando um ambiente concorrencial ao mesmo tempo em que se permitia que quaisquer dicotomias entre os contratos efetuados anteriormente e o consumo ou produção verificados pudessem ser resolvidas sem maiores riscos à estabilidade do sistema.⁷³

O funcionamento do MAE seria de maneira centralizada⁷⁴, nas mãos do operador nacional do sistema (ONS), que operaria o mercado em nome dos seus membros. O ONS

⁷² BANDEIRA, Fausto de Paula M. Análise das alterações propostas para o modelo do setor elétrico brasileiro. Câmara Legislativa, Estudo, ago. 2003. p. 32.

⁷³ BANDEIRA, Fausto de Paula M. Análise das alterações propostas para o modelo do setor elétrico brasileiro. op. cit. p. 33.

⁷⁴ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do setor elétrico brasileiro. In: LANDAU, Helena. Regulação Jurídica do setor Elétrico. Lume n Juris, Rio de Janeiro, 2006. pp. 237-239.

aperfeiçoaria o sistema de posse de dados técnicos dos geradores, criando um programa de geração no qual seriam identificadas as usinas a serem despachadas para proporcionar a operação do sistema ao menor custo. Nesse processo, o ONS levaria em consideração todo o fluxo de energia, tanto a contratada previamente quanto a liquidada em tempo real por meio do MAE. Contudo, apenas a energia não contratada previamente seria contabilizada por meio do preço do MAE. Os encargos relativos ao uso do sistema de transmissão e serviços auxiliares seriam calculados *ex-post* e atribuídos aos agentes de acordo com sua participação.

Todos os geradores cuja capacidade instalada fosse superior a 50 MW e todos os comercializadores com carga superior a 100 GWh anuais teriam participação obrigatória no MAE. Consumidores com carga acima de 10 MW também poderiam participar do mercado, podendo contratar livremente sua energia. Todos os participantes do MAE deveriam estar representados em seu conselho executivo, responsável por sua administração rotineira e por eventuais alterações dos arranjos necessários ao funcionamento do mercado.⁷⁵

Simulações realizadas juntamente com a Eletrobrás mostraram que, devido a variações hidrológicas, os geradores hidroelétricos poderiam encontrar-se incapazes de atender a seus contratos, podendo ir à falência. Para administrar esse risco, foi criado o mecanismo de realocação de energia (MRE), que distribuiria esse risco entre todos os geradores hidrelétricos, mitigando assim seu efeito sobre o setor.⁷⁶

A partir disso, o MRE funcionaria com a determinação da energia firme total do sistema hidrelétrico, que corresponde à geração total do sistema, dadas as restrições hidrológicas e técnicas. A cada gerador hidroelétrico é atribuída uma porcentagem dessa energia firme de acordo com sua capacidade. Geradores cuja produção fosse superior à sua energia firme teriam sua produção realocada para atender os geradores cuja produção tivesse sido inferior. Cada produtor era remunerado de acordo com sua energia firme. Se a produção total de energia hidrelétrica excedesse a energia firme total, metade da venda dessa energia adicional seria distribuída entre todos os geradores e metade entre os responsáveis pela geração adicional⁷⁷, sempre de maneira proporcional. Se os geradores hidroelétricos não conseguissem gerar a energia necessária para atingir o nível de energia firme, eles teriam de recorrer aos geradores

⁷⁵ Fonte: www.abradee.org.br/legislacao_mae.asp acessado em 17/08/2014

⁷⁶ OLIVEIRA, André Rossi; MUELLER, Bernardo; COUTINHO, Paulo César. O mercado atacadista de energia brasileiro (MAE). In: Regulação da infraestrutura no Brasil: casos didáticos. Francisco Anuatti Neto e Marina Figueira de Mello (organizadores). São Paulo: Singular, 2008. p. 67

⁷⁷ LEITE, Antonio Dias. A energia do Brasil, 2. ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 49.

termoelétricos, pagando o preço MAE por essa energia, também de maneira proporcional e dividindo-se o risco entre todos os geradores hidroelétricos.

Para a criação de um mercado competitivo, foi recomendada a separação vertical das empresas do setor de transmissão, com a criação de duas a quatro empresas de transmissão federais (como Furnas, Eletrosul, Chesf e Eletronorte)⁷⁸. Cada uma dessas empresas seria responsável por uma região específica em oposição a uma só, que poderia contestar autoridade do ONS, impedindo, assim, a possibilidade de concorrência por comparação. As empresas estatais seria dada a opção de transferir seus ativos para a empresa federal correspondente ou integrar-se com a empresa de distribuição/comercialização que servisse à região em questão.

Na geração, foram propostas separações vertical e horizontal. Seriam impostos limites à participação cruzada entre empresas de distribuição/comercialização, e empresas de geração federais seriam divididas. Isso deveria garantir que uma parcela suficiente do mercado pudesse ser contestada por todos os geradores, limitando o poder de mercado desses agentes e criando condições mais atraentes a novos geradores.⁷⁹

Para manter o funcionamento estável do mercado durante o período de transição, foi sugerido um sistema de iniciais com 15 anos de duração. Esses contratos regulariam toda a comercialização de energia durante os seis primeiros anos de operação do novo modelo, com esse volume diminuindo em 10% do total a cada ano a partir do sétimo. Esses contratos deveriam assegurar o funcionamento estável do setor até que a implementação de um mercado competitivo estivesse efetivada, diminuindo o risco de uma exposição dos consumidores a mercados essencialmente incompletos durante os primeiros anos de funcionamento.⁸⁰

Em seu estudo sobre o processo de abertura à concorrência no setor elétrico brasileiro, Ferraz⁸¹ aponta dois erros cometidos na implementação do modelo que contribuíram para a crise de 2001.

O primeiro seria a falta de representatividade dos grandes consumidores no Conselho Executivo do MAE: eles foram agrupados juntamente às empresas de distribuição e isso se

⁷⁸ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concession de service public e a regulation of public utilities. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 35.

⁷⁹ LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concession de service public e a regulation of public utilities. op. cit. p. 39.

⁸⁰ PAIXÃO, L.E. Memórias do Projeto Re-SEB. Massao Ohno Editor, São Paulo, 2000. p. 57.

⁸¹ FERRAZ, Clarice C. de M. Le marché de l'électricité au Brésil: ouverture à la concurrence et régulation. Mémoire de Diplôme. DEAMAP. Faculté des Sciences Économique et Sociales. Université de Genève, 2004. p. 39 -45.

mostrou problemático, uma vez que os consumidores livres são clientes em potencial das distribuidoras e que os dois grupos podem ter interesses divergentes. Outro fator foi a superestimação das energias firmes do sistema hidrelétrico, o que resultou em preços *spot* muito baixos e, consequentemente, poucos investimentos na geração. Como as energias firmes só eram revistas a cada cinco anos, os reservatórios baixaram sem que isso fosse refletido nos preços. As empresas de distribuição, que tinham seus ganhos garantidos pelos contratos iniciais, não buscaram fontes de eletricidade mais baratas. Isso tudo, associado a uma situação hidrológica desfavorável nos anos de 2000 e 2001, acabou por gerar uma crise de abastecimento que praticamente paralisou a implantação do modelo.

Desse modo, o processo de reformulação do setor foi iniciado, mas não concluído. Cerca de 80% da distribuição passou das mãos dos governos estaduais para empresas privadas, mas 75% da geração permaneceu nas mãos de empresas estatais que também não foram divididas devido a uma forte pressão política⁸². A transmissão continuou fragmentada na mão de diversas empresas e é até hoje um dos fatores responsáveis pelas altas de preços verificadas pelos consumidores finais.

4.2 O modelo Lula

Em julho de 2003, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) divulgou uma nova proposta para a regulamentação do setor elétrico, apresentando como motivação o fato de o modelo então vigente não ter tido resultados favoráveis, principalmente no que se refere a:

- a) modicidade tarifária;
- b) continuidade e qualidade dos serviços, considerando em especial a crise de 2001;
- c) incentivos à expansão do serviço, demonstrando incapacidade na geração de preços eficientes para a promoção dos investimentos.

Uma rápida análise dessas motivações já revela que foco do novo modelo não se dá sobre as causas efetivas dos problemas encontrados e sim sobre seus efeitos. Uma das principais causas da crise que atingiu o setor foi justamente o nível de preços excessivamente baixo,

⁸² ABBUD, O. A.; TANCREDI, M., Transformações recentes da matriz brasileira de geração de energia elétrica – causas e impactos principais. Textos para discussão n. 69, Brasília, 2010. p. 82.

resultante da superestimação da energia firme do sistema hidroelétrico.

Além disso, o primeiro e o terceiro podem ser contraditórios, uma vez que preços altos atraem investimentos, pois em um mercado competitivo o preço é o principal incentivo à expansão do serviço. A falta de planejamento que afetava o setor não era resultado de falhas no desenho do modelo institucional, mas sim fruto da falta de recursos que assolava o setor público brasileiro na época.⁸³

A comercialização da energia no novo modelo ocorre em dois ambientes distintos: o ambiente da contratação regulada (ACR) e o ambiente de contratação livre (ACL), conforme explicado pela publicação “O novo Modelo do Setor Elétrico”⁸⁴, do Ministério de Minas e Energia. Todos os geradores podem comercializar nos dois ambientes, e as regras de liquidação e contabilização permanecem essencialmente as mesmas. O despacho permanece centralizado nas mãos do ONS, que otimizará o funcionamento do setor com o objetivo de obter o menor custo operacional dadas as restrições do sistema.

O ACR é apresentado como uma cooperativa que agrupa a demanda de vários distribuidores, com as diferenças entre os valores contratados e consumidos contabilizadas com base em um preço que reflete o custo marginal de operação, com um valor de teto. Nesse ambiente será comercializada a energia destinada a consumidores regulados (distribuidoras). No novo modelo as distribuidoras são obrigadas a contratar 100% da eletricidade necessária a atender a demanda de seus clientes.⁸⁵

O ACL é destinado a atender a aquisição de energia para os consumidores livres, sendo realizada por meio de contratos bilaterais livremente negociados, compreendendo também os contratos realizados anteriormente à implantação do modelo.⁸⁶

É no processo de contratação de energia e no planejamento que ocorrem as maiores mudanças. No novo modelo, o planejamento do setor deixa de ser indicativo para ser determinante: o governo passa a ser responsável pela escolha dos projetos que, uma vez selecionados, são licitados pelo critério de menor tarifa. Os projetos oferecidos já possuem

⁸³ BANDEIRA, Fausto de Paula M. Avaliação das alterações introduzidas no modelo do setor elétrico brasileiro pelas Leis nº 10.847 e 10.848. Câmara Legislativa, Estudo, abr. 2004.

⁸⁴ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF>

⁸⁵ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 8

⁸⁶ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 12

licença ambiental prévia para eliminar o risco associado às incertezas envolvidas na obtenção da mesma. A licitação dá-se em duas partes: a inicial, realizada com cinco anos de antecedência com o objetivo de atender a uma dada previsão de crescimento da demanda, e a complementar, a ser realizada dois anos após a inicial, com o objetivo de atender a eventuais acréscimos na demanda inicialmente projetada.

Em 2004 foi criada a Empresa de Planejamento Energético (EPE)⁸⁷, responsável pela elaboração de estudos que possam guiar o planejamento do setor e obter previamente as licenças ambientais para os projetos a serem licitados. A EPE elabora uma lista de projetos organizados por ordem crescente de mérito econômico, calculado de acordo com uma estimativa dos preços da energia assegurada de cada projeto, de modo que a energia assegurada total exceda a expansão de consumo. Vence a licitação aquele que oferecer o menor preço à energia assegurada ofertada ao ACR.

Os novos empreendimentos de geração são postos à disposição do ACR obedecendo ao despacho do ONS. A contratação pode ser realizada por meio de dois tipos de contratos⁸⁸, a escolha cabendo MME: contratos de quantidade de energia, em que os geradores se dispõem a fornecer uma quantidade de energia fixa e assumem os riscos decorrentes de variações nos preços; e contratos de disponibilidade de energia, nos quais os riscos são alocados ao *pool* e repassados aos consumidores regulados. Todavia, se um gerador novo deseja reservar uma fração de sua produção para a venda no ACL, ou para consumo próprio, ele deverá pagar uma tarifa regulada e declarar qual proporção de energia gerada será destinada à comercialização livre no ato da licitação.

A energia velha⁸⁹, ou seja, proveniente de geradores já existentes será comercializada por meio de leilões. A contratação será realizada por meio de contratos de quantidade de energia com duração de no mínimo 3 e no máximo 15 anos, com os preços obtidos nos leilões sendo inteiramente repassados às tarifas.

Em substituição ao antigo MAE, foi criada a Câmara de Comercialização de Energia

⁸⁷ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 14.

⁸⁸ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 11.

⁸⁹ Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 11

Elétrica (CCEE)⁹⁰. A CCEE possui basicamente a mesma estrutura do MAE e é responsável pela realização dos leilões para compra de energia. Para mitigação dos riscos sistêmicos associados à geração hidroelétrica, é mantido o MRE.

O modelo Lula não altera de forma significativa o desenho do sistema já existente. As mudanças feitas não se endereçaram à correção das causas estruturais os problemas existentes. Além disso, as dificuldades encontradas na sua implementação aumentaram consideravelmente as incertezas relacionadas à participação no setor, como ressaltaram várias entidades que representam investidores privados do setor (CBIEE, Apine, Abradee, Abraceel, ABCE)⁹¹. Os problemas existentes em relação à falta de recursos para o aparelhamento da máquina estatal responsável por garantir o planejamento do setor foram exacerbados devidos a gastos desnecessários com a criação de novas instituições para substituir as antigas que não funcionavam entre outras razões, por falta de recursos.

⁹⁰Ministério de Minas e Energia - MME, O Novo Modelo do Setor Elétrico. Brasília, 2003. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF> p. 16.

⁹¹SIMABUKU, R. T., A estrutura de regulamentação e de regulação do setor elétrico brasileiro: é possível melhorar?. Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – Vol. 7, n. 2, Brasília, 2008. p. 72

5. CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO A PARTIR DA LEI 9427/96

A lei de criação da Agência reguladora do setor de energia elétrica do Brasil diz, no seu art. 3º, que a competência especial da ANEEL compreende:⁹²

- implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;
- promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
- gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;
- dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;
- fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;
- articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;
- estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de

⁹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 20/07/2014.

concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

- zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

- fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

Essas são as atribuições exigidas pelo poder concedente à ANEEL na sua função de instituição reguladora do setor de energia. Segundo Salomão Filho⁹³, o estágio de interação entre o sistema concorrencial e o sistema regulatório elétrico é híbrido, oscilando entre a introdução gradual de livre concorrência e o controle pela regulação. Deve-se reconhecer que ainda não estão claros os limites da aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, e que para que esses limites sejam determinados com clareza é fundamental a boa interação entre o sistema regulamentar e o sistema concorrencial.

A abordagem do Brasil de regulação por contrato é tanto semelhante e diferente de outros países latino-americanos.⁹⁴ É semelhante no sentido em que, como no resto da América Latina, usa contratos de concessão. É diferente em que os contratos de concessão para distribuição de energia são essencialmente "*Stand-alone*" contratos de regulação, entre a concessão governo federal ou estadual e a empresa privada que se torna a concessionária. Em contraste, os elementos-chave das concessões de distribuição de outros países da América Latina são normalmente vinculados a fixação de tarifas bastante detalhadas, especificadas em lei abrangente de reforma do setor elétrico.

Embora um sistema de fixação de tarifas semelhante foi recomendado para o Brasil pela privatização e reestruturação do governo por consultores, o país passou à frente com a

⁹³SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). op. cit. p. 250.

⁹⁴BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona (2003). Regulation by Contract: a new way to privatize electricity distribution? Washington, DC: The World Bank (World Bank Working Paper, n. 14 - Energy and Mining Sector Board Discussion). pp. 19 – 25.

privatização e reestruturação sem o benefício de um setor de energia em geral, sem uma lei de reforma. Como resultado, o governo brasileiro foi forçado a comprar e processar grandes reformas, dependendo de uma "colcha de retalhos" de acordos de cessão e regulamentos que enfatizam política ao invés de detalhes.

Inicialmente,⁹⁵ como apontou Ferraz, em seu estudo sobre a concorrência e regulação do mercado de energia elétrica brasileiro, a abordagem brasileira de regulação através de "*stand-alone*" contratos de concessão que dão ao regulador considerável discricionariedade na aplicação de uma tarifa geral parecia produzir resultados notáveis, ao menos nos pontos de vista dos investidores. Quando a ANEEL foi criada em 1997, foram vendidos por meio de contratos de concessão para dez empresas de distribuição um total de US \$ 12 bilhões de dólares e o preço médio de US \$ 1.400 por cliente obtido nessas privatizações de distribuição do Brasil, bateram todos os recordes mundiais anteriores.⁹⁶

A AES, por exemplo, pagou 93% de um prêmio para adquirir a CEEE em outubro de 1997 e a Enron adquiriu a Elektro por um prêmio de 99% em julho de 1998. Em menos de cinco anos, os investidores privados investiram mais de US \$ 27 bilhões no setor elétrico brasileiro.⁹⁷ Estes resultados impressionantes podem refletir o fato de que a privatização brasileira foi, na maioria dos casos, liderado pelo BNDES, o banco de privatizações, que pode ter sido mais interessado em maximizar as receitas de privatização do que em criá-las efetivamente.

Agora, com a vantagem da retrospectiva, algumas das fraquezas no modelo regulatório brasileiro têm vindo à tona, visto que o sistema de concessão autônomo tem sido submetido a grandes choques macroeconômicos e naturais. Em 1999, o país teve de enfrentar uma desvalorização de 56% de sua moeda. Em 2000, o MAE não foi capaz de entrar em operação por causa de problemas jurídicos e técnicos gerais.⁹⁸

Já em 2001, uma grave seca obrigou o governo a impor no país um programa de racionamento de energia elétrica de larga escala. Estes grandes choques produziram disputas e mais interpretação de vários contratos, regulamentos e leis. Até o final de 2001, o que parecia ser uma teia muito bem sucedida ad hoc do regulamento de contratos parecia desmoronar. Em 2002,

⁹⁵ FERRAZ, Clarice C. de M. Le marché de l'électricité au Brésil: ouverture à la concurrence et régulation. op. cit. p. 39-45.

⁹⁶ BRASIL, Ministério de Minas e Energia. Coopers & Lybrand. Relatório Consolidada Etapa VII – I, 1997. v. 1. p. 246.

⁹⁷ BRASIL, Ministério de Minas e Energia. op. cit. pp. 247-248.

⁹⁸ GRAU, E. G. La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione. Milão: Unicopli. p. 11-53.

o governo propôs uma série de grandes iniciativas políticas caracterizada como correções de médio prazo, as quais ainda estão em curso, tornando impossível avaliá-las.

5.1 Repartição de competências entre o SBDC e a ANEEL

À vista da estrutura implementada no Brasil, conforme explicado anteriormente, convém delimitar a competência exercida por cada ente no modelo, bem como a forma como se articulam na defesa da concorrência.

Os sistemas de repartição de competências entre agência setorial e autoridade da concorrência podem ser classificados de diferentes modos e sob vários critérios. Uma das formas mais bem sucedidas de classificação leva em conta a distinção entre as funções de regulação e a aplicação da lei da concorrência (em caráter transversal)⁹⁹. A esse critério pode somar-se outro: o do momento e que exercida a intervenção, *ex ante* ou *ex post*.

Deveras, tendo-se em consideração esse critério, estipulam-se diferentes modelos de repartição de competências entre agências reguladoras e autoridade antitruste: inicialmente, existiria a opção em concentrarem-se todas as atribuições, reguladoras e de aplicação da lei da concorrência, em alguma dessas agências, seja setorial, seja de defesa da concorrência; ou em adotar-se um sistema de compartilhamento de competências, de forma sobreposta (concorrentes) ou não sobreposta (complementares), obedecido um critério de racionalidade a cada função e da entidade por ela responsável.¹⁰⁰ Ainda assim, dever-se-ia perquirir sobre a aplicação da norma em cada caso, isto é, se a norma geral de defesa da concorrência seria aplicável também ao setor, ou se haveria para este um regime normativo próprio, prevalecendo sobre o geral. Por fim, admitem-se modelos sem a presença de um regulador setorial (desregulamentação).

Inúmeros são os fatores que deverão ser levados em consideração quando da adoção de um ou outro modelo. Dificilmente se encontrará um modelo perfeito sob os mais variáveis matizes¹⁰¹: pode-se adotar um modelo racionalmente adequado pelas funções a serem exercidas

⁹⁹ OLIVEIRA, G. Concorrência: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 65-67.

¹⁰⁰ MARQUES, M. M. L.; ALMEIDA, J. P. S.; FORTE A. M. Regulação setorial e concorrência. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 3. jan./mar. 2005, p. 192-196.

¹⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. op. cit. p. 131.

por cada agência, porém faltar, na prática, um aparato técnico para o exercício adequado pelas funções; ou, então, um modelo centralizado e burocraticamente eficiente (“*one stop shop*”), mas propenso à captura pelos agentes regulados.

Pode-se consignar, portanto, a inexistência de um modelo universalmente ideal, infenso a falhas ou ineficiências. Há certo consenso de que sua escolha deverá observar o Estado em que será implementado, o momento histórico, a estrutura de suas instituições e as peculiaridades de cada setor.¹⁰² Essa constatação explica, em grande parte, a multiplicidade de arranjos institucionais em diferentes países. Tomando-se em conta apenas o setor elétrico brasileiro, cujo panorama geral fora apresentado, pode-se dimensionar o grau de complexidade em se buscar a melhor alternativa possível em cada caso.

5.2 Competências da ANEEL em matéria concorrencial

No desenho institucional implantado no Brasil, o CADE passou a ser, por excelência, o ente instituído, por lei, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência, proferindo decisões, com efeito, *inter partes*, atendidos os requisitos para a análise de atos ou condutas. Vale dizer: não há, no seu rol de competências, previsão para o exercício de típica função reguladora, setorial ou transversal, ao menos nos limites em que aqui empregado o vocábulo “regulação”.¹⁰³

Como principal autoridade da concorrência, cabem ao CADE a proteção do ambiente concorrencial e repressão de condutas anticoncorrenciais. Em última análise, o seu papel institucional está diretamente relacionado à proteção da concorrência, na sua acepção de direito difuso, não abarcando a repressão à práticas de concorrentes individualmente considerados, cujos efeitos não afetem o ambiente concorrencial (coletividade), objeto de tratamento específico no campo da concorrência desleal.

Procurando-se trazer uma visão geral sobre a função de proteção à concorrência exercida pelo SBDC no sistema jurídico brasileiro, pode-se constatar incialmente, que ao CADE foi outorgada, com destaque, a atribuição legal para a aplicação, no âmbito administrativo, do

¹⁰²LEVY, B. E SPILLER, P. *Regulations, Institutions and Commitment: Comparative Studies of telecommunications*. Cambridge University Press. 1996. p. 101.

¹⁰³ MARQUES NETO, F. A. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. *Regulação Brasil – Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR*, Porto Alegre, v. 1, 2005, p. 67.

conjunto de normas que versam sobre a concorrência. Essas normas, por seu turno, têm por principais destinatários as empresas e demais agentes que atuam na atividade econômica e visam estabelecer um quadro regulatório adequado para o funcionamento do mercado, atuando preventivamente e repressivamente, contra ações empreendidas por agentes que procuram influenciar diretamente as estruturas do mercado. Vê-se, assim, que a política de concorrência é uma forma de atuação do Estado para corrigir eventuais “falhas no mercado”, tutelando o processo de concorrência e objetivando, assim, o aumento da eficiência econômica que, em conjunto com outros valores, contribui para o desenvolvimento do bem-estar social em seu conjunto.¹⁰⁴

O CADE intervém, portanto, diante de um fato passado ou presente, que se sabe poder existir e se pretende por isso controlar, seja para prevenir a consumação de um efeito lesivo à concorrência, seja para reprimir se consumado o ilícito.

A ANEEL, dispõe a lei que a instituiu, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal. Em outras palavras, é a agência reguladora criada para o fim específico de regular o setor de eletricidade.¹⁰⁵

Essa agência exerce regulação técnica quando estabelece normas, padrões e metas de natureza técnica aos agentes que atuam em seu setor, como por exemplo, ao aprovar metodologias e procedimentos para otimização da operação dos sistemas interligados e isolados, para acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e para comercialização de energia elétrica (art. 4º, VII, do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997).

A regulação econômica é exercida pela ANEEL ao estabelecer instrumentos que visem assegurar o retorno do capital investido, expansão de redes, controle de preços e fixação de tarifas e outras variáveis de ordem econômica. Como exemplo, pode-se mencionar a competência de definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (art. 3º, XVIII, da Lei nº 9.427/1996, incluído pela Lei nº 10.848/2004).

Em razão das diversas matérias de ordem econômica que podem ser objeto desse tipo de regulação, faz-se necessária uma breve digressão: é possível que, em cumprimento a essa

¹⁰⁴ FAGUNDES, Jorge. Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. Singular, 2003. p. 214.

¹⁰⁵ CUÉLLAR, L. Poder normativo das agências reguladoras. In: Estudos de regulação pública. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. pp. 591-592.

função, a agência imponha uma medida que cause impactos, ainda que reflexos, nas condições de determinado mercado de eletricidade, prejudicando o processo concorrencial. Assim, ilustrando, poderíamos supor a seguinte situação: ao exercer a competência para fixar critérios para o cálculo de preço de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e arbitrar seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos, a ANEEL pode atribuir um mesmo critérios para duas empresas em situação desigual, gerando efeitos anticoncorrênciais. Por outro lado, na hipótese de a regulação não repercutir na esfera da competitividade dos setores, como quando a ANEEL homologa as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios realizados, diz-se haver regulação econômica de variável não concorrencial.¹⁰⁶

Vale destacar que, nas situações anteriormente descritas, estar-se-á diante de legítima regulação econômica, não havendo de se falar em regulação concorrencial propriamente dita.¹⁰⁷ Essa última será exercida sempre que for deferida à agência competência para a promoção ou defesa da concorrência. A diferença, portanto, entre esses dois tipos de regulação é que, na econômica com variável concorrencial, a atuação da agência implica efeitos mediatos e indiretos no processo concorrencial, ao passo que na regulação para a concorrência os efeitos produzidos são imediatos e diretos.

Nesse contexto, à ANEEL, até a edição da MP nº 1.531 (convertida na Lei nº 9.648/1998), não eram atribuídas competências regulatórias com função pró-competitividade. Embora já existissem previsões no decreto que regulamentou sua estrutura, a Lei nº 9.247/1996 nada previu inicialmente. Incorporadas as novas competências, devem-se destacar, como de natureza concorrencial, as previsões contidas no art. 3º, incisos VIII, IX, XIII, parágrafo único, bem como os artigos 3º, II e III, e 4º, II, XI e XII do Anexo I do Decreto nº 2.335/1997.

A competência da ANEEL em controle de condutas, por meio de uma atuação *ex ante*, vem disposta no art. 3º, VIII, da Lei nº 9.427/1996, c/c art. 4º e art. 12, IV do Anexo I do Decreto nº 2.335/1998 e está ligada fundamentalmente à edição de atos normativos e fiscalização do setor, com fins a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes, impedir a concentração econômica dos serviços e atividades de energia elétrica, incentivar a competição, supervisionar e

¹⁰⁶ CUÉLLAR, L. Poder normativo das agências reguladoras. op. cit. pp. 591-592.

¹⁰⁷ ROCHA, B. M. Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação. Revista de Direito Mercantil, n. 112, p. 85.

manter as condições de mercado adequadas para a concorrência. Esse controle de condutas pode-se efetivar também *ex post*, no exercício do poder fiscalizatório atribuído à agência, na gestão de contratos e solução de divergências entre particulares.

A competência da ANEEL em controle de estruturas, por seu turno, será exercida, no exercício de sua função reguladora, *ex ante* ou *ex post*, segundo o disposto no art. 2º da Lei nº 8.987/1995, art. 3º, VIII e XIII, da Lei nº 9.427/1996, art. 4º, XI e XII do Anexo I do Decreto nº 2.335/1998 e Resoluções nº 94/1998 e nº 278/2000, editadas para o fim de estabelecer limites e condições para participação dos agentes econômico nas atividades do setor de energia elétrica.

5.3 Competências sobrepostas?

Vê-se, assim, pelo quadro até então esboçado, que coexistem competências, *ex ante* e *ex post*, tanto no SBDC quanto à ANEEL, para a proteção da concorrência no setor, aí incluídas as variáveis de controle sobre condutas anticompetitivas e estruturas (atos de concentração e/ou outros atos ou contratos que possam causar danos à concorrência). Deve-se destacar, entretanto, que ao CADE é outorgada, por excelência, a competência para aplicação do Direito Antitruste e à agência, a competência para regulação setorial.

Vislumbram-se, contudo, no feixe de atribuições que lhes foi conferido, possíveis intersecções. Assim, provisoriamente, poder-se-ia consignar que o modelo de repartição de competências implementado no Brasil é de competências compartilhadas e sobrepostas entre agência setorial e autoridade antitruste em relação à defesa da concorrência no setor elétrico.

Toda sobreposição de competências entre diferentes entidades, no entanto, tende a gerar conflitos, positivos ou negativos, de competências.¹⁰⁸ Essa situação, como já enfatizado, contribui para ineficiência econômica e insegurança jurídica. Uma análise detida sobre o arcabouço legal que fundamenta a atuação da agência setorial de eletricidade e da autoridade antitruste, ainda que se sustente tratar de controles diversos para uma mesma finalidade, aponta para possibilidades de haver conflitos de atribuições.¹⁰⁹

E as leis que versam sobre o tema não previram ou regularam os possíveis conflitos

¹⁰⁸ ROCHA. B. M. Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação. Revista de Direito Mercantil, n. 112, p. 89.

¹⁰⁹ MELLO, M. T. L. Defesa da concorrência no setor elétrico. In: Workshop – Defesa Da Concorrência No Setor Elétrico, 1. ANEEL, 1999. p. 29.

que podem surgir. Em verdade, ao contrário do regime instituído às telecomunicações¹¹⁰, não houve um tratamento legal claro de repartição de competências para o setor elétrico em matéria de proteção à concorrência. A Lei nº 9.427/1996, com a alteração que lhe foi dada pela Lei nº 9.648/1998, limitou-se a afirmar que a ANEEL, no exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Ou seja: a própria lei parece ter admitido que o sistema de repartição de competências (até então compartilhadas e sobrepostas) deve ser mais bem definido quando da articulação entre a agência reguladora e os entes do SBDC, mediante acordos institucionais. Desse modo, repartição de competências e articulação interinstitucional se consubstanciaram num só ato, de forma a ordenar os diversos feixes de atribuições outorgados por diferentes diplomas legais a entidades diversas.

5.4 Articulação e repartição de concorrência

Os entes que compunham o SBDC até a entrada em vigor da NLAB – CADE, SEAE/MF e SDE/MJ – firmaram com a ANEEL três termos de compromisso de cooperação institucional, assim identificados:¹¹¹

- ANEEL e SDE: termo de compromisso visando à atuação conjunta com vistas à prevenção e à repressão de infrações à ordem econômica no setor elétrico brasileiro. Data: 02 de dezembro de 1998;
- ANEEL e SEAE: termo de compromisso para a cooperação técnica visando à resolução de questões referentes à concorrência no setor de energia elétrica brasileiro. Data: 08 de fevereiro de 2000;
- ANEEL e CADE: termo de compromisso para a cooperação institucional em ações conjuntas na defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro. Data: 08 de fevereiro de 2000.

A partir do exame dos aludidos acordos de cooperação institucional, pôde-se ordenar

¹¹⁰ Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

¹¹¹ JUSTEN NETO, Marçal. Defesa da concorrência no setor de energia elétrica - o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE., Curitiba, nº 42, agosto 2010, p. 54.

o quadro de repartição de competências compartilhadas e sobrepostas instituído em nível legal, com uma definição mais clara dos papéis desempenhados por cada ente com vistas à proteção à concorrência no setor elétrico. A descrição desse arranjo de competências, bem como dos procedimentos administrativos a serem adotados, novamente, deve partir da distinção entre análise de condutas e de estruturas.

No tocante à repartição de competências para análise de condutas no setor elétrico – infrações à ordem econômica – os termos de cooperação vigentes atribuem à ANEEL o exercício de uma função consultiva de natureza jurídico-econômica setorial, com emissão de parecer técnico não vinculativo na fase inicial do procedimento e possibilidade de acompanhamento do processo no CADE, por meio de um representante, que auxiliará o Conselheiro-Relator no CADE. A SDE reservava-se a competência de instruir o processo administrativo, emitindo, ao final, relatório conclusivo ao CADE.

Destaque-se, pelos acordos institucionais firmados, que a função desempenhada pela ANEEL substitui a que era exercida normalmente pela SEAE em processos de infração à ordem econômica em setores não regulados antes da entrada em vigor da NLAB,¹¹² além de, a critério do Conselheiro-Relator, poder indicar um representante consultivo para auxiliá-lo na fase de julgamento.

No que concerne à análise de estruturas, a competência da ANEEL também é opinativa, com emissão de parecer técnico, tal como nos processos para prevenção ou repressão de infrações à ordem econômica. Aqui, contudo, o exercício dessa função pela ANEEL não excluía a competência da SEAE, que deveria, na NLAB, emitir parecer técnico. Nem é prevista, formalmente, a possibilidade de indicação de um representante da ANEEL para acompanhamento dos processos do CADE. Em síntese, ao processo de articulação interinstitucional¹¹³, a ANEEL, caso entenda necessário, poderia solicitar formalmente reunião conjunta visando discutir com o CADE e a SEAE/MF as questões pertinentes à operação a ser analisada.

Vale dizer que o CADE firmou precedente, em processos¹¹⁴ para análise de atos de concentração no setor elétrico, no sentido de que o parecer a ser emitido pela ANEEL não é imprescindível ao julgamento do processo, o que reforça, ainda mais, a posição secundária dessa agência setorial no modelo institucional adotado para a proteção da concorrência no setor

¹¹² Lei nº 12.529/2011

¹¹³ Vide Ato de Concentração nº 08012.000089/2006-81 e Ato de Concentração nº 08012.008477/2006-18 – CADE.

¹¹⁴ Vide Ato de concentração nº 08012.010874/1999-05

elétrico. Segue trecho de decisão exemplificativa, Ato de concentração nº 08012.010874/1999-05:

Cumpre frisar que a Resolução ANEEL nº 94 de 30/03/98 não retirou a competência do CADE para analisar as operações relativas ao setor elétrico. A própria leitura do art. 54 da Lei 8884/94 nos leva a concluir que não existem exceções nem casos específicos nos quais o CADE não tenha competência para conhecer dos atos de fusão, ainda que do setor elétrico. Assim sendo, o CADE não pode se eximir de uma de suas principais funções e tampouco pode permitir que seja esvaziada sua competência legal pela edição de uma Resolução que visa, entre outros objetivos, harmonizar as ações conjuntas dos órgãos públicos envolvidos.

Assim, uma vez que uma operação afeta mercados regulados, o Órgão responsável participa, em certo ponto, da análise antitruste do ato de concentração, geralmente emitindo um parecer técnico, porém, não vinculante que será considerado pelo CADE no exame antitruste detalhado do caso. Dessa forma, vemos, mais uma vez, a oportunidade de cooperação entre SBDC e setor regulado, mas ainda correndo o risco de este último ter seu parecer ignorado por não ser obrigatório ou vinculante, reforçando os argumentos de que a ANEEL teria sua competência diminuída diante do SBDC.

CONCLUSÃO

A regulação não produz benefícios ao interesse público *per se*, uma vez que a obtenção de bons resultados depende de seu manejo, podendo a regulação se transformar em obstáculo para que sejam atingidos os objetivos de bem-estar social e econômico para os quais ela foi desenhada, quando realizada de forma inadequada.

O objetivo do sistema é promover uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência. Assim, a atividade de combate às condutas e estruturas anticoncorrenciais está aliada à atividade de divulgação e promoção da cultura da concorrência. Devemos lembrar ainda do duplo enfoque das sanções aplicadas, quais sejam o de punir as práticas ilegais e de educar os agentes econômicos para que não incorram mais em condutas indesejadas.

Outro ponto importante a ser destacado é a especificidade técnica requerida pela função regulatória. Apesar da previsão legal e de ajustes recentes em algumas legislações que cuidam de setores regulados, observa-se que no Brasil nem legisladores nem mesmo tribunais detém conhecimento técnico suficiente para levar a cabo discussões complexas que tocam o tema. Essa especialização, que aos poucos foi adquirida no Brasil, exige maior grau de autonomia frente ao poder político. Dessa forma, deve-se buscar constantemente afastar da função regulatória a pressão política, administrativa e do governo além dos próprios regulados.

A Constituição de 1988 deixa bastante claro em seu texto que a concorrência é um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Na atual Constituição, esse caráter instrumental foi sim mantido. Alguns exemplos são o art. 173, §4º, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência; o art. 170, IV, em atenção ao princípio da livre concorrência e o art. 173, §4º, que manda reprimir o aumento arbitrário de lucros. Toda essa proteção é, ao fim, abrangida pelo art. 170, *caput*, e pelo art. 3º.

Visto que, no Brasil, a tutela da concorrência não é um fim em si mesma, somado ao seu aspecto instrumental, parece clara sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas. Assim, o antitruste deixou para trás a ideia de que sua única função seria a eliminação de efeitos autodestrutíveis do mercado e passa a ser considerado instrumento, meio para conduzir o sistema.

Portanto, garantias institucionais de concorrência – amplo acesso e justiça social -, exatamente por serem fundamentais e formadoras do sistema, entrelaçam-se e protegem-se entre si. Entre elas, como entre os princípios constitucionais, não há conflito, mas complementariedade. Além disso, verificou-se que o antitruste e a regulação têm, algumas vezes, competido e, em outras, colaborado no processo de controle da concorrência. Um ponto importante que merece ressalva é o de que regulação e antitruste não são alternativas excludentes. A ideia de que a redução da regulação em determinado mercado necessariamente está relacionada a um aumento da competição nesse mercado é equivocada. A desregulação não enseja automaticamente o aumento da concorrência.

Ademais, é possível perceber que a regulação não retira as preocupações com a defesa da concorrência, pois, nas situações de regulação parcial, observa-se que, mesmo com as autoridades controlando as decisões dos agentes, ainda existem lacunas nas quais esses agentes podem livremente formular estratégias para a utilização abusiva do poder de mercado. Enfim, mesmo nos mercados regulados existe o potencial para a adoção de condutas anticompetitivas.

Passando para o ponto mais específico, o setor de energia elétrica tem sido submetido, no Brasil, a um significativo processo de transformação em suas estruturas: qualificado como monopólio natural, esse setor hoje se vê mais aberto ao mercado e, por isso, sujeitando-se às normas de defesa da concorrência, aplicadas pelo CADE em coordenação com os Ministérios da Fazenda e da Justiça, e à regulação pública setorial, exercida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Nas operações do setor de energia, porém, a definição do mercado ainda é objeto de divergência por parte das autoridades. Vimos que até 2007, o mercado de geração de energia era visto pelas autoridades de defesa da concorrência como sendo único e de âmbito nacional, englobando as diferentes matrizes energéticas – hídrica, térmica, eólica e nuclear. No entanto, a partir desse ano, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda passou a adotar definição mais restritiva, segregando diferentes mercados em função das diferentes matrizes. Esse entendimento baseia-se na percepção de que variam os volumes de investimentos e prazos para entrada em operação de cada tipo de unidade geradora.

Em um setor tão delicado, faz-se necessária a presença de uma regulação pública, eficiente, responsável, transparente e consensual. Assim podem-se imaginar condições à manutenção de um ambiente propício à prestação universal do serviço público e ao aporte de

investimentos intensivos em capital, especialmente nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, que possuem grande prazo para retorno de investimentos. Cabe ao regulador editar normas voltadas a evitar condutas anticompetitivas, criar igualdade na condição de acesso às redes de transmissão, formação de preços e qualidade de serviços.

Chegamos também à conclusão de que a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre os limites da aplicação da lei concorrencial junto ao setor elétrico e cuja divisão de competência entre Aneel e SBDC ainda está a duplicar esforços e causa indefinição quanto ao papel do CADE.

Apesar das divergências de opiniões sobre o papel da ANEEL na defesa da ordem econômica, concluímos que algumas competências do SBDC foram transferidos para a Aneel, contudo não de forma clara e profunda o suficiente para que exista uma isenção quanto à aplicação da lei antitruste brasileira, no setor elétrico, entretanto houve unanimidade entre os autores retro mencionados no tocante a necessidade de harmonização de atuações entre o SBDC e a ANEEL.

Na parte histórica, o Projeto Reseb gerou considerável documentação sobre o estado do setor elétrico brasileiro entre 1996 e 1998, formulando recomendações que permitissem a introdução de um modelo baseado na concorrência para o setor. O ano de 1998 é considerado data de entrada em vigor de um novo modelo do setor elétrico. Entretanto, antes que todas as recomendações fossem adotadas para a implementação do modelo, veio à crise de abastecimento de 2001, que paralisou processo.

Nas eleições de 2002, o modelo para setor sofreu forte crítica dos grupos que formavam a oposição, gerando propostas de campanha de um novo modelo para o setor no qual se reduzia consideravelmente o âmbito da concorrência. Com a eleição de Lula em 2003, o Ministério de Minas e Energia do novo governo publicou uma proposta para uma nova regulamentação, modificando bastante o sistema.

Mesmo após as alterações do governo Lula, deve-se reconhecer que ainda não estão claros os limites da aplicação da lei concorrencial ao setor elétrico, e que para que esses limites sejam determinados com clareza é fundamental a boa interação entre o sistema regulamentar e o sistema concorrencial.

Pode-se consignar, portanto, a inexistência de um modelo universalmente ideal, infenso a falhas ou ineficiências. Há certo consenso de que sua escolha deverá observar o Estado

em que será implementado, o momento histórico, a estrutura de suas instituições e as peculiaridades de cada setor. Essa constatação explica, em grande parte, a multiplicidade de arranjos institucionais em diferentes países. Tomando-se em conta apenas o setor elétrico brasileiro, cujo panorama geral fora apresentado, pode-se dimensionar o grau de complexidade em se buscar a melhor alternativa possível em cada caso.

Vê-se, assim, pelo quadro até então esboçado, que coexistem competências, *ex ante* e *ex post*, tanto no SBDC quanto à ANEEL, para a proteção da concorrência no setor, aí incluídas as variáveis de controle sobre condutas anticompetitivas e estruturas (atos de concentração e/ou outros atos ou contratos que possam causar danos à concorrência). Deve-se destacar, entretanto, que ao CADE é outorgada, por excelência, a competência para aplicação do Direito Antitruste e à agência, a competência para regulação setorial.

Vislumbram-se, contudo, no feixe de atribuições que lhes foi conferido, possíveis intersecções. Assim, provisoriamente, poder-se-ia consignar que o modelo de repartição de competências implementado no Brasil é de competências compartilhadas e sobrepostas entre agência setorial e autoridade antitruste em relação à defesa da concorrência no setor elétrico.

BIBLIOGRAFIA

- ABBUD, O. A.; TANCREDI, M. *Transformações recentes da matriz brasileira de geração de energia elétrica – causas e impactos principais*. Textos para discussão n. 69, Brasília, 2010.
- AGUILAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- ALMEIDA, L. H. B. *Análise da implantação de leilões de energia elétrica no processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2005.
- BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona (2003). *Regulation by Contract: a new way to privatize electricity distribution?* Washington, DC: The World Bank (World Bank Working Paper, n. 14 - Energy and Mining Sector Board Discussion).
- BANDEIRA, Fausto de Paula M. *Análise das alterações propostas para o modelo do setor elétrico brasileiro*. Câmara Legislativa, Estudo, ago. 2003.
- BANDEIRA, Fausto de Paula M. *Avaliação das alterações introduzidas no modelo do setor elétrico brasileiro pelas Leis nº 10.847 e 10.848*. Câmara Legislativa, Estudo, abr. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011.

BRASIL, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia. Coopers & Lybrand. *Relatório Consolidada Etapa VII – I.* v.1. 1997.

BRASIL. Ministério das Minas e Energia. *Proposta de Modelo Institucional do Setor Elétrico.* [Brasília]: [s.n.], julho, 2003.

BYE, Torstein. *A Nordic energy market under stress.* Economic Surveys, 4, p. 26-37. Statistics Norway, 2003 In: MME. *Modelo institucional do setor elétrico.* Brasília, 17 dez. 2003.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público.* Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA Vital. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais.* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v.38.

CARLTON, D. W.; PICKER, R. C. *Antitrust and regulation.* National Bureau of Economic Research Working Paper Series, Cambridge, n. 12902, fev. 2007.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação.* In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento.* São Paulo: Malheiros, 2002.

CSISZER, Juliana Vieira. *Direitos Sociais na Constituição brasileira de 1988.* Diritti & Diritti – il Portale Giuridico italiano. Disponível em: www.diritto.it/art.php?file=/26847.html Acesso em 22/08/2014

CUÉLLAR, L. *Poder normativo das agências reguladoras.* In: *Estudos de regulação pública.* Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Regulação e legalidade.* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório – Temas polêmicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 20/07/2014.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; Gaban, Eduardo Molan . *Direito Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. Singular, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio da Programática da Comunicação Normativa*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

FERRAZ, Clarice C. de M. *Le marché de l'électricité au Brésil: ouverture à la concurrence et régulation*. Mémoire de Diplôme. DEAMAP. Faculté des Sciences Économique et Sociales. Université de Genève, 2004.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8. ed. v. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37 – 48.

FUCHS, Célia Inês. *Impactos causados pela Universalização do acesso e uso da energia elétrica*. Brasília, 2007. Dissertação de Mestrado. PPGENE. DM – 32107, UNB.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. *Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória*. In: Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.). Brasília: Anvisa, 2009.

GIRARDI, Claudio. *Regulação da energia elétrica: uma visão prática*. In: ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). Regulação pública da economia no Brasil. Campinas: Edicamp, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra: Coimbra Editora. 2008.

GRAU, E. G. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliiana sull'interpretazione*. Milão: Unicopli.

HUNT, Sally. *Making competition work in electricity*. John Wiley& Sons, 2002.

JOSKOW, Paul L.; SCHMALENSEE, Richard. *Markets for power: analysis of electric utility*

deregulation. MIT Press, 1983.

JUSTEN NETO, M. *Defesa da Concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE.* Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 42, agosto 2010. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>. Acesso em 22/08/2014

LEAUTIER, Thomas-Olivier. *Transmission constraints and imperfect markets for power.* Journal of Regulatory Economics, v. 19, Issue, 1, p. 27, Norwell, Jan. 2001.

LEITE, Antonio Dias. *A energia do Brasil.* 2. ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEVY, B. E SPILLER, P. *Regulations, Institutions and Commitment: Comparative Studies of telecommunications.* Cambridge University Press, 1996.

LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concession de service public e a regulation of public utilities.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia.* São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARQUES NETO, F. A. *A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste.* Regulação Brasil – Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR, Porto Alegre, v. 1, 2005.

MARQUES, M. M. L.; ALMEIDA, J. P. S.; FORTE A. M. *Regulação setorial e concorrência.* In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 3, jan./mar. 2005.

MELLO, M. T. L. *Defesa da concorrência no setor elétrico.* In: Workshop – Defesa Da Concorrência No Setor Elétrico, 1. ANEEL, 1999.

MELLO, M. T. *Regulação e defesa da concorrência: interação conflitos e critérios de solução.* Rio de Janeiro: ANPEC, dez. 2003.

Ministério de Minas e Energia – MME. *O Novo Modelo do Setor Elétrico*. Brasília. 2003.
Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063034.PDF>

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed., rev., refund. e atual. pela Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, André Rossi; MUELLER, Bernardo; COUTINHO, Paulo César. *O mercado atacadista de energia brasileiro (MAE)*. In: Regulação da infraestrutura no Brasil: casos didáticos. Francisco Anuatti Neto e Marina Figueira de Mello (organizadores). São Paulo: Singular, 2008.

OLIVEIRA, G. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAIXÃO, L.E. *Memórias do Projeto Re-SEB*. São Paulo: Massao Ohno Editor, 2000.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Análise de concentração econômica no setor de Comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública*. Revista de Direito da Concorrência. 2003.

POSNER, R. *Regulation (agencies) versus litigation (courts): an analytical framework*. National Bureau of Economic Research, revisado em jan. 2010.

ROCHA. B. M. *Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação*. Revista de Direito Mercantil, n. 112.

ROLIM, Maria João C. Preira. *Direito econômico da energia elétrica*. 1 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo, Malheiros, 2003.

SANTIAGO, L. S. *Direito Da Concorrência*. Salvador: Podivm, 2008.

SILVINO, A. *A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.* In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Fides, Natal, v.4, n. 1, jan/jun. 2013.

SIMABUKU, R. T. *A estrutura de regulamentação e de regulação do setor elétrico brasileiro: é possível melhorar?*. In: Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – Vol. 7, n. 2, Brasília, 2008.

SULLIVAN, E. T.; HARRISON, J. L. *Understanding antitrust and its economics implications.* 5.ed. New York: Lexis Publishing/Matthew Bender, 2009.

SZTAJN, R. *Law and Economics.* In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia.* 01 ed. v.1 Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VALÉRIO, M. A. G. *Antitruste em setores regulados.* São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do setor elétrico brasileiro.* In: LANDAU, Helena. *Regulação Jurídica do setor Elétrico.* Lume n Juris, Rio de Janeiro, 2006.

WILSON, Robert. *Architecture of power markets.* In: *Econometrica*, July 2002.

SITES

http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Aandre_Servicos.pdf Acesso em: 20/08/2014

<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/estudosregulatorios.pdf> Acesso em: 27 de agosto de 2014

http://www.abradee.org.br/legislacao_mae.asp Acesso em: 17/08/2014.