

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO*

Paulo Leonardo Casagrande

Sumário : Introdução 1. Características da indústria de energia elétrica; 1.1 Setor elétrico brasileiro antes da reforma; 2.Reforma regulatória; 2.1 Início das reformas; 2.2 O Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto Re SEB; 3. Crise de energia e revitalização do modelo ; 4. Controle concorrencial no setor elétrico; 4.1 Controle de estruturas; 4.2 Controle de condutas; 5. Conclusão

Introdução

O setor elétrico passou, nos últimos anos, por grandes e expressivas reformas. Após décadas de controle estatal quase total, os anos 90 viram a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a criação do Mercado Atacadista de Energia (MAE) e as privatizações em massa, eventos que submeteram esse importante setor de infra-estrutura a um novo regime institucional. O modelo implementado, conforme os objetivos declarados da reforma, deveria criar condições para o investimento privado em ambiente de concorrência, de modo a fomentar ganhos de eficiência no setor e, ao mesmo tempo, permitir ao Estado atuar predominantemente como regulador, e não como prestador direto dos serviços de energia elétrica.

Entretanto, a profunda crise pela qual passou o setor em 2001 demonstrou uma série de falhas nesse modelo. O investimento privado não ocorreu no volume necessário para acompanhar a crescente demanda por eletricidade, e não houve investimentos públicos para compensar o déficit. Programas para a expansão do parque gerador não lograram êxito. Falhas na operação técnica do sistema ocasionaram diversos “apagões”, palavra que definitivamente entrou no linguajar cotidiano do brasileiro. A liberalização do comércio de energia, implementada ainda que de forma incipiente, apresentou problemas graves.

Ante a crise, o governo tomou várias medidas emergenciais, tais como programas de redução de consumo, mecanismos de indução para inves-

* Nota do Editor: O presente trabalho foi ganhador do III Concurso de Monografias - Prêmio IBRAC / ESSO na categoria graduação. Uma lamentável troca de arquivos fez com que publicássemos na edição anterior dedicada ao Prêmio IBRAC/ESSO, a versão apresentada no concurso 2001 que aborda o mesmo tema.

timentos na geração de energia, e até criou novo órgão, temporário, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE). Esse órgão, além de implementar os programas emergenciais, desenvolveu estudos e pesquisas para análise do modelo do setor elétrico, bem como sugestões para sua (re)reforma. Essas medidas evidenciaram, acima de tudo, a necessidade da reformulação de regras e instituições que regulam o setor.

É nesse contexto de reflexão sobre o modelo implementado para o setor elétrico brasileiro que se insere o presente texto. Tendo em vista ser um dos principais objetivos da reforma a instituição de certo grau de concorrência no setor, pretende-se aqui analisar criticamente as normas diretamente relacionadas a esse objetivo. Para tanto, imprescindível é compreender quais condições econômicas permeiam a aplicação de tais normas, quais as técnicas nelas previstas para criar e garantir condições efetivas de competição, e até que ponto sua aplicação tem condições de efetividade.

O que se buscará aqui é uma análise crítica, ainda que sucinta, das condições para implementação e garantia de concorrência no setor elétrico. A perspectiva crítica da qual parte esse texto baseia-se, inicialmente, na concepção de que a existência de concorrência efetiva é a melhor forma de se garantir uma justa alocação dos recursos em sociedade¹. Não é por outro motivo que a livre concorrência é um princípio basilar da ordem econômica brasileira, previsto no artigo 170, IV, da Constituição da República. Mas, para que se garanta a concorrência, deve haver elementos estruturais suficientes. Concorrên-

¹ TURNER, DONALD F., “The scope of antitrust and other economic regulatory policies”, *Harvard Law Review*, n. 82, April 1969, p. 1.207-44. A citação deste autor é intencional. Trata-se de um dos principais expoentes da Escola de Harvard, linha doutrinária do direito antitruste norte-americano desenvolvida na década de 50. Baseava-se essa escola em concepção estruturalista de aplicação do direito concorrencial, ou seja, esta deveria levar em consideração as condições estruturais específicas do mercado em questão e buscar promover o máximo de concorrência possível (“*workable competition*”). Tal objetivo do direito antitruste era contraposto ao de outra linha de pensamento, a Escola de Chicago, capitaneada por Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner, que considera como o objetivo último do antitruste a promoção da eficiência econômica (ver POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law, an economic perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, “*Introduction*”; e, sobre a contraposição entre as duas escolas, FORGIONI, PAULA, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998, p. 154-63, e SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 18, nota 5). Tendo em vista que a concepção da Escola de Chicago em muito influenciou os processos de liberalização de setores de infra-estrutura (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 21 e ss.), a perspectiva estruturalista que com ela se contrasta pode fornecer subsídios para a análise crítica que aqui se pretende.

cia, portanto, não é sinônimo de mera liberalização, mas instituição que garante aos mecanismos de mercado funcionamento eficaz, sem os desequilíbrios causados pelo exercício de abuso do poder econômico². Em setores de infraestrutura, nos quais muitas vezes se verifica elevada concentração econômica, essa concepção se mostra ainda mais útil.

A partir dessa perspectiva, pretende-se demonstrar que, em muitos aspectos, a reforma implementada no setor se deu de forma acrítica, sem levar em consideração diversos elementos da realidade econômica do setor elétrico brasileiro. Buscou-se liberalizar o setor, sem a preocupação com a instituição de condições básicas para a existência de concorrência; na busca por eficiência, quis-se criar um mercado idealizado, sem se averiguar o substrato fático em que o mesmo se apoiaria. Aliado a isso, um processo de privatização desarticulado e concomitante à reforma do setor prejudicou ainda mais as chances de sucesso do modelo. Desse modo, a tônica do texto é, além de apresentar esse modelo, demonstrar seus principais problemas estruturais.

Para tanto, apresentaremos, inicialmente, os aspectos econômicos da indústria de energia elétrica. Isso nos auxiliará a empreendermos a análise da reforma implementada a partir de 1995, na qual serão destacados os elementos diretamente relacionados à concorrência no setor. Posteriormente, apresentaremos os principais problemas concorrenciais evidenciados durante a crise de energia entre 2001 e 2002. Com isso, restará clara a necessidade de um controle concorrencial efetivo no setor elétrico, que será estudado na última parte do presente trabalho.

1. Características da indústria de energia elétrica

Uma análise sobre os aspectos econômicos do setor elétrico não pode prescindir de uma constatação de bom senso, verificável no cotidiano de qualquer economia moderna: a energia elétrica é um bem essencial na sociedade. Desde a vida do cidadão comum às grandes organizações industriais, o acesso à energia elétrica é imprescindível, em vista dos graus de conforto e desenvolvimento que possibilita. É, assim, setor que apresenta relevância social das maiores, pois, mais que um simples produto, é insumo a garantir o desenvolvimento e funcionamento da economia.

Isso posto, podemos prosseguir na forma com que se organiza o setor de energia elétrica. Trata-se de uma indústria de rede, ou seja, a melhor forma para que ela se organize é por meio de uma rede que interliga diversas

² SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, cit., cap. 1; e, do mesmo autor, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, cit., cap. 5.

unidades produtoras e consumidoras. Essa forma de organização se justifica em virtude das principais características físicas do “produto” energia elétrica: impossibilidade de armazenamento economicamente viável e homogeneidade completa entre todas as unidades produzidas. Disso decorre que, a cada instante, deve haver equilíbrio entre a oferta e a demanda. Desse modo, a interligação em rede se dá pela necessidade de coordenação centralizada de todo o sistema, a possibilitar a equivalência constante entre oferta e demanda, da maneira mais eficiente possível. A demanda do mercado de energia, por sua vez, apresenta grande inelasticidade por variação de preço, pela ausência de produto similar e pelo caráter essencial do seu consumo. Há, conseqüentemente, necessidade de que diversas unidades geradoras estejam interligadas para compartilhar capacidade excedente disponível, de modo a minimizar riscos de blecaute³. Como já se disse, a impressão é de que o que rege a indústria de eletricidade são as leis físicas da eletrodinâmica; normas jurídicas e aspectos econômicos apenas a elas se adaptam⁴.

Em virtude das características expostas, a cadeia produtiva para o fornecimento de energia elétrica se estrutura em três etapas: *geração*, na qual se transforma outra fonte de energia (combustíveis, força hidráulica ou energia nuclear) em energia elétrica; *transmissão*, na qual a energia é transportada das usinas geradoras para os centros consumidores, por meio de linhas transmissoras de alta tensão; e *distribuição*, na qual a energia transportada pela transmissora passa por uma rede capilarizada para chegar ao consumidor final. Transmissão e distribuição apresentam características típicas de monopólio natural⁵, pela anti-economicidade em se duplicar tais redes⁶. Já as atividades

³ STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", *Resources and Energy*, v. 19, 1997, p. 47-83.

⁴ KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", *Florida State University Law Review*, v. 27, 2000, p. 572. É claro que esta afirmação pressupõe uma antecedente, de caráter econômico: a sociedade elege meios de produção e padrões de conforto para os quais a energia elétrica é essencial. A partir daí se estrutura uma indústria de energia elétrica, que fatalmente deverá respeitar as leis físicas da eletricidade.

⁵ Um monopólio natural é habitualmente definido pela teoria econômica como o mercado no qual a demanda é atendida da maneira menos custosa possível à sociedade por uma única empresa. Essa situação se verifica quando a produção de determinado bem apresenta *retornos crescentes de escala*, ou seja, o custo médio para a produção de uma unidade adicional sempre diminui com o aumento do montante produzido. Isso decorre principalmente da existência de altos custos fixos para a produção desse bem, custos esses que são tanto melhor recuperados quanto maior for o número de unidades do bem vendidas. A respeito da caracterização dos monopólios naturais, e sua

de geração de energia elétrica vêm sendo consideradas pela moderna doutrina econômica como passíveis de serem exercidas em regime concorrencial, em virtude do surgimento de novas tecnologias de produção de energia e de coordenação de sistemas elétricos, os quais possibilitam a diminuição da escala mínima viável de produção desse bem⁷.

A estas características gerais da indústria de energia somam-se algumas peculiaridades do setor elétrico brasileiro, decorrentes de sua estatização entre as décadas de 60 e 90⁸, bem como das características geográficas do País⁹. A maioria da energia consumida no Brasil é de origem hidráulica (95%), tendo as usinas termelétricas função complementar para suprimento do sistema em horários de maior demanda. Esta configuração do parque gerador brasileiro exigiu a criação de um sofisticado mecanismo de coordenação centralizada do sistema, o chamado *despacho centralizado de menor custo*, por meio do qual, tendo por base um planejamento elaborado com previsões acerca da oferta e da demanda, bem como nos custos operativos presentes e futuros, emitem-se ordens aos geradores para que produzam quantidades adequadas para atender as necessidades dos distribuidores. A necessidade de coordenação

relação com os fundamentos para a regulação de atividades econômicas, ver BREYER, STEPHEN, *Regulation and its reform*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1982, p. 15-6; STIGLITZ, JOSEPH E., *Economics of the public sector*, 2nd. ed., New York and London, W. W. Norton & Co., 1988, p. 72; e VISCUSI, W. KIP et al., *Economics of regulation and antitrust*, 2nd. ed., Cambridge and London, MIT Press, 1995, p. 351-8.

⁶ A caracterização dos segmentos de transmissão e distribuição de energia como monopólios naturais é pacífica. Ver, por exemplo, STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", *Economics Department Working Papers n° 238*, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000, p. 10, e PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, p. 143.

⁷ R. L. HOCHSTETLER apresenta as principais razões para esta nova concepção em *A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração*, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999, pg. 10 e ss.

⁸ Os aspectos históricos aqui apresentados foram obtidos em LIMA, JOSÉ LUIZ, *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984)*, Rio de Janeiro, Memória da Eletricidade, 1995

⁹ As características gerais do setor elétrico brasileiro aqui apresentadas foram retiradas de PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", *Textos para discussão n° 76*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000, p. 8-10, disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/TD/td-76.pdf>>.

nação entre unidades geradoras é muito elevada em um sistema predominantemente hidráulico, por dois motivos principais. Primeiro, porque, como muitas usinas encontram-se em uma mesma bacia hidrográfica, a operação de uma certamente afeta a das demais. Em segundo lugar, a possibilidade de transferência de energia entre diferentes regiões (por meio da rede de transmissão), conjugada às informações acerca do regime pluviométrico de cada uma, faz com que a coordenação entre diferentes regiões resulte em grandes eficiências.¹⁰

Além disso, é sistema de dimensões continentais, que, em decorrência de fortes restrições em certos pontos das linhas de transmissão, apresenta diferentes subsistemas¹¹. O principal sistema, o Sistema Interligado Nacional (SIN), possui dois grandes subsistemas: Norte/Nordeste e Sudeste/Centro-Oeste/Sul. Até 1999, esses dois grandes subsistemas não eram conectados; no entanto, naquele ano foi construída a Ligação Norte/Sul, constituída por linhas de transmissão de altíssima tensão. Os dois subsistemas mencionados, por sua vez, podem ser subdivididos em Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Norte e Nordeste, tendo em vista haver grande dificuldade para o intercâmbio de energia entre essas quatro regiões. Há, ainda, alguns sistemas isolados do norte do país, na região amazônica, não integrados ao SIN.

¹⁰ Busca-se, desse modo, ponderar entre a combinação de usinas que demonstra o menor custo presente possível e aquela que, tendo em vista os dados históricos acerca do regime de chuvas e da sazonalidade da demanda, diminua o risco de escassez no futuro. É um procedimento que depende preponderantemente de análise probabilística, na qual se comparam custos presentes e riscos de operação futuros. O despacho centralizado de menor custo encontra-se detalhadamente descrito em BARROSO, LUIS AUGUSTO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos de agentes geradores em ambiente de mercado*, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, p. 36 e ss.

¹¹ A descrição dos diversos subsistemas aqui exposta encontra-se em MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA - Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos - CCPE; CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A., *Relatório Analítico do Mercado de Energia Elétrica - Ciclo 2000*, Rio de Janeiro, maio de 2001, p. 52, disponível em <http://www.eletrabras.gov.br/downloads/mercado/relatorio_analitico_2000.zip>

Setor elétrico brasileiro antes da reforma

No que se refere à configuração institucional do setor, esta se apresentava, no início da década de 90, como eminentemente estatal. A principal norma a reger o setor era o Código de Águas, de 1934¹², que estabelece as regras para o aproveitamento de potenciais hidráulicos para produção de energia elétrica e as concessões desse serviço¹³. Boa parte da geração e transmissão nacionais era operada por quatro grandes empresas federais integradas verticalmente e controladas pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás¹⁴. Algumas empresas estaduais, como a CESP, em São Paulo, a COPEL, no Paraná, e CEMIG, em Minas Gerais, também tinham participação expressiva na geração. Já a distribuição era explorada majoritariamente por empresas estaduais (controladas pelos governos estaduais, mas com participação acionária da Eletrobrás), algumas delas integradas verticalmente. O setor era supervisionado pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME. Nesse contexto, todas as tarifas, inclusive as de fornecimento entre geradores e distribuidoras, eram controladas pelo DNAEE. Vale ressaltar, ainda, o papel central que a Eletrobrás exercia no setor, pois esta empresa era responsável tanto pelo

¹² O Código de Águas, aprovado pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, do então presidente Getúlio Vargas, previa as principais normas relativas às concessões de serviços de energia elétrica até a década de 1990, com o advento da reforma. Dele ainda permanecem válidos diversos dispositivos relativos à exploração de potenciais hidráulicos e autoprodução de energia, bem como a regulamentação das terras ribeirinhas.

¹³ Os serviços de energia elétrica, à época da aprovação do Código de Águas, eram concedidos pelos Estados e pela União. Desde a Constituição de 1934 (promulgada semana depois da aprovação do Código de Águas, mas publicada dias antes deste), a competência da União para outorgar serviços de eletricidade passou a ser privativa. Mais detalhes sobre a evolução do tratamento normativo dado ao setor elétrico podem ser encontrados em VENÂNCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil*, edição fac-similar da de 1968, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 193-5.

¹⁴ Tais empresas eram: Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A -ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE, Cia. Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A. A Eletrosul foi cindida e os ativos de geração transferidos para a Gerasul, privatizada no final de 1998. As outras empresas do grupo permanecem estatais.

planejamento da operação (o despacho centralizado) quanto pelo planejamento da expansão do sistema^{15 16}.

2. Reforma regulatória

2.1 Início das reformas

A partir da década de 80, o setor começou a passar por graves crises, que justificavam ajustes a possibilitarem novos investimentos e melhora nos índices de qualidade do setor. Em vista disso, foi implementada uma reforma ampla e profunda a partir de 1995. Todavia, esta não se deu de forma global e consistente. Muito pelo contrário. A trajetória para a implementação das mudanças foi errante e perseguiu diversos objetivos, muitas vezes contraditórios. Várias leis foram editadas, estabelecendo diretrizes para o governo e para iniciativa que, em diversos aspectos, não formam um sistema coerente. Somado a isso, um processo de privatização de empresas do setor elétrico concomitante à implementação das reformas contribuiu para que o quadro se tornasse ainda mais confuso¹⁷.

Antes, porém, de analisarmos a reforma implementada, é essencial apresentar o regime constitucional ao qual está submetido o setor elétrico, pois a Constituição de 1988 rege-lhe aspectos de grande relevância. A exploração de serviços de energia elétrica é de competência exclusiva da União, nos termos do artigo 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição Federal, que pode outorgá-los por meio de concessão, permissão ou autorização. Em decorrência disso, os serviços de energia elétrica podem ser considerados como serviços

¹⁵ O planejamento da expansão, sempre feito com preponderante participação da Eletrobrás, tinha como principal característica seu horizonte de longo prazo (10 a 15 anos), em vista dos prazos necessários para investimentos em hidreletricidade. Ao elaborá-lo, a Eletrobrás utilizava-se da experiência desenvolvida em anos de prática planejadora, e do auxílio das outras empresas do setor. Para implementar as metas estabelecidas em tais planos, sua função de financiadora setorial era essencial, pois apenas concedia empréstimos para obras cujas características e cronogramas estivessem condizentes com tal planejamento (LIMA, JOSÉ LUIZ, *Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica...*, cit., p. 105 e ss.).

¹⁶ A definição normativa da estrutura institucional existente no setor antes da reforma é encontrada no Decreto nº 60.824, de 7 de junho de 1967, que define o Sistema Nacional de Eletrificação.

¹⁷ PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", cit., p. 141.

públicos de titularidade da União¹⁸. Essa exclusividade é verificada também na competência para legislar sobre energia no País, pois o artigo 22, inciso IV da Constituição Federal determina ser esta privativa da União. Outro importante dispositivo para o setor é o artigo 20, inciso VIII da Constituição, conforme o qual os potenciais hidráulicos são bens públicos de domínio da União¹⁹.

As principais normas a reformarem o setor se deram, no entanto, no plano infraconstitucional. É necessário, aqui, apresentar as normas em caráter cronológico, de forma a facilitar a compreensão do modelo implementado por diversas medidas.

A primeira lei relevante é a de nº 9.074, de 7 de julho de 1995, na qual se prevêm importantes institutos para a reforma do regime jurídico apli-

¹⁸ Na visão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 575-80), o serviço público é composto de dois elementos constitutivos: o *material*, que é o serviço propriamente dito, correspondente ao substrato fático para o elemento *formal*, este sim um pressuposto essencial e que efetivamente dá ao serviço seu caráter público, por ser a unidade normativa formada pelo conjunto de regras de direito público à qual se subordina o serviço e que demonstra a opção do legislador em outorgar ao Estado a titularidade para sua prestação. Convém, ainda, expor a análise de EROS ROBERTO GRAU, em seu livro *A ordem econômica na constituição de 1988 - interpretação e crítica* (7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, especialmente capítulo 4), onde o autor estuda a disciplina constitucional da ação do Estado na esfera econômica. Nessa obra, o autor diferencia a "atividade econômica *stricto sensu*" do "serviço público", como espécies do gênero "atividade econômica em sentido amplo". Este gênero abarca todas e quaisquer atividades que promovam a circulação de bens e serviços em sociedade. Já as atividades econômicas em sentido estrito são aquelas exercidas por qualquer particular, respeitados os condicionamentos previstos em lei. Por sua vez, os serviços públicos são atividades econômicas as quais o Estado avoca para si, em virtude da grande relevância social que apresentam. A determinação de ser uma atividade econômica um serviço público é dinâmica, pois, conforme visão dialética do autor, decorre das tensões entre capital e trabalho. Esse caráter dinâmico do conceito de serviço público é relevante para o presente trabalho, pois ficará claro quando tratarmos da flexibilização do regime jurídico aplicável à geração de energia elétrica.

¹⁹ É no regime constitucional de exploração dos potenciais hidráulicos que se verifica uma das primeiras medidas de reforma do setor. O artigo 176 da Constituição previa, em seu parágrafo único, que o aproveitamento desses potenciais deveria dar-se somente por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, sob concessão ou autorização. Entretanto, esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, de modo a permitir a exploração de potenciais hidráulicos por empresas brasileiras cujo controle seja detido por estrangeiros.

cável à indústria de energia elétrica²⁰. O primeiro deles foi o conceito de *consumidores livres*. Trata-se de classe de consumidores que apresentam consumo médio acima de determinados patamares e, conseqüentemente, têm a opção de escolher de quem adquirir energia, não mais se submetendo ao monopólio das concessionárias de distribuição²¹. Assim, há duas classes de consumidores finais de energia elétrica previstas pela legislação: consumidores cativos, que só podem adquirir energia da concessionária local de distribuição, e os consumidores livres, que podem comprar energia de qualquer empresa.

Outro figura criada pela Lei 9.074 é o regime de *produção independente de energia*, sob o qual a geração de energia tem como principal característica o caráter puramente comercial (art. 11). Isso significa que um produtor independente de energia (PIE) não presta um serviço público aos cidadãos, mas, antes, tem liberdade para escolher o montante, preços e comprador da energia por ele produzida.²² Em vista disso, há atualmente três regimes para a

²⁰ Essa lei foi publicada meses depois da chamada Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). Era clara a intenção do governo de criar condições favoráveis ao investimento privado no setor, pois, primeiro, foi editada uma lei genérica sobre concessão de serviços públicos e, posteriormente, aprovou-se lei que regulamenta especificamente as concessões de energia elétrica nos segmentos de geração, transmissão e distribuição. A Lei 9.074 prevê, ainda, em seus primeiros artigos, quais serviços públicos federais podem ser concedidos, além de permitir à União reestruturar empresas estatais prestadoras de serviço público para futuras privatizações (arts. 26 a 30).

²¹ O artigo 15 da Lei nº 9.074/95, alterado pela Lei nº 9.648/95, prevê que, a partir de 1995, seriam enquadrados como consumidores livres aqueles que consumissem 10.000kW em tensão de 69kV. Os mesmos somente poderiam adquirir energia de Produtores Independentes de Energia (ver próximo parágrafo), além de suas distribuidoras originais. Desde 1998, estes consumidores podem adquirir energia de qualquer agente do Sistema Interligado. Em junho de 2000, estes limites foram baixados para 3.000kW, na mesma tensão, e a partir de 2003 o Poder Concedente está autorizado a diminuir ainda mais tais parâmetros. A definição dos parâmetros de enquadramento de consumidores livres após 2003 foi objeto de audiência pública da ANEEL (AP010/1999), que ainda não resultou em edição de resolução

²² Há uma flexibilização do regime jurídico da geração de energia elétrica, que antes só poderia ser produzida para terceiros sob um regime de serviço público, como previsto pelo Código de Águas. Questionou-se muito na doutrina administrativista a figura do PIE, em vista da nova disciplina jurídica para a geração de energia que representa, muito semelhante àquela aplicável a atividades econômicas *stricto sensu* (ver nota 18). Todas as críticas baseiam-se na premissa de que serviços de energia elétrica são serviços públicos federais, e, conforme prescrito pelo artigo 175 da Constituição, só podem ser prestados sob concessão ou permissão, o que implicaria em forte regulamentação. Foi questionada, por exemplo, a liberdade do PIE de escolher o preço da

geração de energia elétrica: a *produção independente*, o *serviço público de geração de energia elétrica* e a *autoprodução*, estes dois últimos previstos desde o Código de Águas. Por fim, deve ser destacada nesta lei a instituição do *livre acesso* às redes de transmissão e distribuição por qualquer usuário das mesmas (art. 15, § 6º). Tal acesso é garantido, desde que pagos os custos correspondentes, conforme parâmetros dados pelo Poder Concedente.

É fácil entender a *ratio* dessas medidas. Por meio delas quis-se estabelecer um mercado competitivo às margens do regime oficial de serviço público, totalmente regulamentado. Grandes consumidores têm liberdade para escolher qual seu fornecedor de energia, que pode ser tanto a concessionária de distribuição quanto produtores independentes. Como tanto consumidores livres quanto PIEs têm garantia de acesso à uma mesma rede comum que os atende, há a possibilidade de a transação realizar-se. Desse modo, a Lei 9.074/95 criou incentivos para investimentos privados na geração de energia que atendessem aos grandes consumidores industriais e comerciais.

Mas as reformas prosseguiram. Em 26 de dezembro de 1996 foi editada a Lei nº 9.427, que instituiu a primeira agência reguladora independente do Brasil²³, a Agência Nacional de Energia Elétrica, sucessora do antigo DNAEE. A criação da ANEEL não está diretamente relacionada à instituição

energia vendida, ao invés de obedecer a tarifas estipuladas pelo poder público (ver, dentre outros, JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 419 e ss. e BLANCHET, LUIZ ALBERTO, *Concessões de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 1999, p. 205-6; 213-4). Deve ser lembrado, aqui, do caráter dinâmico que o conceito de serviço público apresenta, como exposto por EROS GRAU (ver nota 18).

²³ A doutrina administrativista debate o conceito de “agência reguladora”, que na legislação é descrita como “autarquia de regime especial” (ver as Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL; nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo - ANP; e, principalmente, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre os recursos humanos das agências reguladoras). Defende que outras autarquias mais antigas, como o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, já teriam características semelhantes (ver, dentre outros, DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 386). Entretanto, como demonstrado por PAULO MATTOS (“Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil”, in FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.), *Regulação, Direito e Democracia*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 58 e ss.), as novas agências reguladoras diferem das antigas autarquias tanto em seu “desenho institucional”, que lhes confere maior independência em relação à administração direta, quanto nos “pressupostos teóricos”, dentre as quais se destaca a necessidade de estruturas administrativas para a regulação de mercados que não sofram excessivas pressões políticas.

de concorrência no setor, mas sim ao estabelecimento de condições para as privatizações e para o investimento privado.²⁴ Prova do sucesso na persecução desse objetivo é o fato de que a maioria dos processos de privatização de distribuidoras estaduais de energia ocorreram entre 1996 e 1999²⁵.

As mudanças trazidas pelas Leis 9.074/95 e Lei nº 9.427/96 não alteraram substancialmente o quadro institucional do setor. Mesmo com o advento da produção independente de energia, a maioria da geração se submetia ao regime de serviço público, sendo as tarifas de fornecimento com as distribuidoras ainda reguladas. As tarifas de transmissão e de distribuição ao consumidor final também o eram. Poucas empresas tornaram-se consumidores livres.

2.2 O Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Projeto ReSEB.

No final de 1996, iniciou-se no âmbito do Ministério de Minas e Energia o “Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro”, conhecido por “Projeto ReSEB”.²⁶ Este trabalho resultou no desenvolvimento de um no-

²⁴ Ao criar a ANEEL, o Governo Federal concedeu maior estabilidade para as regras e políticas setoriais, em vista da independência da Agência para especificar, com base em critérios técnicos, os parâmetros gerais estabelecidos em Lei. Essa estabilidade, como é de conhecimento geral, é pré-requisito da maior importância para investimentos privados em setores de infra-estrutura, por serem vultuosos e exigirem longo período de maturação. Outro fator a reforçar essa estabilidade é a regulamentação detalhada dos aspectos econômicos e financeiros das concessões no setor de energia, prevista por essa lei (art. 14 e ss.)

²⁵ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, *Cadernos de Infra-estrutura - Setor Elétrico - Ranking 2001 - Volume I*, Rio de Janeiro, Outubro de 2001, p. 7. Assim, após este período, o que se tem hoje no setor é que a maioria da distribuição se encontra controlada por agentes privados. O mesmo se aplica a importantes empresas de geração, quais sejam a Gerasul (ex-Eletrosul) e duas empresas da antiga CESP. O restante da geração, juntamente com quase a totalidade da transmissão, são operadas pelas empresas federais (Grupo Eletrobrás) e estaduais (como COPEL, CEMIG e CESP).

²⁶ Para a estruturação do Projeto ReSEB, foi contratado um grupo de consultores internacionais que, em conjunto com o Governo e com agentes do setor, elaborou uma série de documentos e relatórios. Estes culminaram no relatório do Estágio VI, no qual foram consolidadas todas as recomendações do grupo para a reforma do setor elétrico. Ver COOPERS E LYBRAND, *Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II - Relatório Principal*, Brasília, Dezembro de 1997, item 1.20 e ss.

vo modelo institucional e comercial para a indústria de energia elétrica no Brasil, aproveitando-se as medidas já previstas pelas Leis 9.074/95 e 9.247/96. Os objetivos declarados deste modelo eram “a) assegurar suprimento seguro e confiável de energia elétrica para o País e acesso à energia elétrica para aqueles as populações ainda não estão servidas (sic); b) estabelecer condições para incentivar a eficiência econômica em todos os segmentos do setor, notadamente através da maximização da concorrência (quando isto for viável), do projeto de mecanismos regulamentares adequados e da continuidade das funções integrativas relevantes; (...)”²⁷ (grifo nosso).

A implementação do novo modelo se deu pela edição, em 5 de fevereiro de 1998, da Medida Provisória 1.531²⁸, posteriormente convertida na Lei 9.648, de 27 de maio de 1998. Note-se que, ao contrário das Leis mencionadas anteriormente, a Lei 9.648/98 e sua regulamentação buscaram reformar amplamente o setor, e não apenas estabelecer ajustes pontuais. Não apresentaremos todos os detalhes desse modelo, por fugir dos objetivos aqui pretendidos. Antes, convém compreender suas características essencialmente ligadas à instituição de concorrência, e a relação entre elas.

Vimos no capítulo 1 que a única etapa da cadeia produtiva da eletricidade que pode ser considerada atualmente como competitiva é a geração. Assim, qualquer reforma que objetive um ambiente competitivo no setor de energia parte dessa premissa. Com base nisso, pode-se implementar a liberalização da atividade de geração, pela diminuição das barreiras regulamentares à entrada e pela liberdade tarifária da geradora. Pode-se, também, permitir o livre comércio de energia elétrica.

Ambas as medidas (liberalização da *geração* e da *comercialização*) foram implementadas no Brasil. A primeira, com a criação da produção independente de energia pela Lei 9.074/95²⁹. A segunda, por meio do *livre comércio de energia no atacado*, ou seja, além dos consumidores livres, também as distribuidoras passaram a ter liberdade para escolher seu fornecedor de energia a preços livremente estipulados (Lei 9.648, art. 10). Embora preveja a livre comercialização de energia, a Lei 9.648/98 estabeleceu uma fase de transição, que durará até o ano de 2005. Esta fase se caracteriza pelo estabelecimento dos “contratos iniciais”, que nada mais são que contratos de compra e

²⁷ *Idem*, item 1.17, p. 12.

²⁸ Na verdade, essa edição da mencionada Medida Provisória era a 17^a. Todavia, as edições anteriores não previam medidas de reformas estruturais institucionais no setor elétrico, à exceção da permissão ao Poder Executivo de reestruturar o sistema Eletrobrás.

²⁹ A Lei 9.648/98 permitiu à ANEEL reclassificar geradoras privatizadas, de prestadoras de serviço público para PIEs (art. 3º, § 1º).

venda de energia com preço, quantidade e partes regulamentados pela ANEEL, celebrados ao final de 1998. Eles comprometem a quase totalidade da capacidade dos geradores com os distribuidores, deixando apenas uma pequena parcela da energia atualmente produzida no país para contratação livre. A partir de 2003 inicia-se a liberação gradual dos montantes vinculados aos contratos iniciais, processo que terminará em 2006.

Entretanto, isso não basta. As geradoras só podem concorrer entre si enquanto todas estiverem interconectadas à uma mesma rede, à qual também se ligam os consumidores da energia por elas produzida. Vê-se evidente a dependência que tanto as geradoras quanto os consumidores têm dessa rede de transporte, que é imprescindível e não pode ser duplicada de forma economicamente viável. A liberalização só faz sentido se a todos for garantido o acesso a essa rede essencial, em condições justas e não discriminatórias. Sem isso, não há mercado. E, como os detentores dessa rede possuem efetivo poder econômico, decorrente da relação de dependência entre a rede e seus usuários, deve haver forte regulamentação para impedir abusos e garantir o acesso irrestrito³⁰. Em vista disso, o livre acesso aos sistemas de transmissão, já garantido pela Lei 9.074/95, teve sua eficácia aumentada pela Lei 9.648/98, que exige que “a compra e venda de energia elétrica entre concessionários ou autorizados deve ser contratada separadamente do acesso e uso dos sistemas de transmissão e distribuição” (art. 9º). Como a compra e venda de energia, atividade competitiva, possui regime jurídico distinto do aplicável ao acesso e uso às redes, cujas tarifas são reguladas pela ANEEL, busca-se evitar formas de subsídio cruzado ou discriminação, por meio da contratação separada³¹.

Esta última medida tem estreita relação com outra característica do modelo, a desverticalização das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização. Mesmo sob forte regulação, empresas verticalmente integradas, que controlem os ativos de geração, transmissão e distribuição de uma certa região podem dificultar o acesso à rede de novos geradores competidores. Há diversas maneiras de uma empresa verticalizada "driblar" a regulação e impor condições discriminatórias de acesso. Em vista disso, a garantia ao acesso aos elementos de rede do sistema elétrico, que possibilita a entrada de novos competidores no mercado, deve ser complementada por medidas de desverticalização das empresas já presentes no setor. No Brasil, a Lei 9.648 e sua regulamentação previu três formas de desverticalização: a *operacional*, a

³⁰ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos, cit., p. 51 e ss.

³¹ O acesso às rede de transmissão e distribuição foi regulamentado pela ANEEL pela Resolução nº 281, de 1 de outubro de 1999.

*empresarial e a estrutural*³². A desverticalização operacional será descrita quando estudarmos as funções do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. A separação empresarial está prevista no artigo 3º do Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998³³, no qual se exige que todas as empresas do setor contabilizem separadamente suas receitas, despesas e custos com as diferentes atividades que exercem. Por fim, a desverticalização estrutural, certamente a de caráter mais drástico, se aplica somente à Eletrobrás e suas subsidiárias, quais sejam CHESF, Furnas, Eletronorte e Eletrosul³⁴. Entretanto, não há uma norma genérica, aplicável a todos os agentes, que impeça o controle simultâneo de ativos de geração, transmissão e distribuição.

Para assegurar tais medidas, dois novos órgãos foram criados na ordem institucional do setor: um agente responsável pela operação centralizada do sistema interligado, e um mercado de curto de prazo, para liquidação das diferenças entre os contratos bilaterais e contagens físicas efetivamente verificadas. O primeiro, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), é associação privada, sem fins lucrativos, e gerido por representantes dos diferentes segmentos da indústria e do Ministério de Minas e Energia. Tem como funções precípuas a “coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados” (Lei 9.648/98, art. 13). Para

³² A desverticalização é estrutural na medida em que se proíbe que os ativos de geração, transmissão e distribuição estejam sob controle comum. Já a operacional se caracteriza quando, mesmo que usinas geradoras e redes de transmissão possuam o mesmo controlador, a operação técnica das mesmas se dá por um outro agente, o agente responsável pela operação centralizada do sistema. Por sua vez, a desverticalização empresarial constitui-se na exigência de separação contábil das diferentes atividades de uma mesma empresa, por meio da qual se busca criar condições para averiguação de que o preço exigido de um terceiro para acessar a rede de transmissão é o mesmo que a empresa cobra de si mesma. A classificação aqui exposta é uma sistematização dos vários tipos de desverticalização ("*unbundling*") expostos no comentário do *Federal Trade Commission* (FTC, órgão antitruste norte-americano) à proposta da *Federal Energy Regulatory Commission* (agência reguladora da indústria de energia nos EUA) para a regulamentação de acesso às redes de transmissão, em 1995, contido no documento "Promoting Wholesale Competition Through Open Access - Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities, Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities", *Proposed Rulemaking and Supplemental Notice of Proposed Rulemaking Docket Nos. RM95-8-000 & RM94-7-001*" (disponível em < <http://www.ftc.gov/opp/advocacy/v950008.htm>>).

³³ Este decreto regulamenta a Lei 9.648 e, de certa forma, sistematiza as normas aplicáveis às atividades da indústria de energia elétrica.

³⁴ Isso decorre do artigo 5º da Lei 9.648/98, que permite (mas não exige) a reorganização societária dessas empresas de forma a separar as atividades de geração das de transmissão.

tanto, herdou da Eletrobrás a execução do despacho centralizado do SIN (art. 15). Por conta disso, os principais ativos de transmissão, enquadráveis como pertencentes à rede básica³⁵, bem como as usinas que estejam sob operação integrada³⁶, estão sujeitos ao controle operacional do ONS, que tem dois objetivos centrais. Compete-lhe, inicialmente, cumprir eficazmente o despacho centralizado e, com isso, minimizar custos operativos presentes e futuros e garantir a confiabilidade do sistema. Outra função, mais relacionada ao problema concorrencial, é operar a rede de forma neutra, com base em critérios técnicos, sem favorecer a qualquer agente em especial³⁷.

A operação centralizada exercida pelo ONS pode facilmente criar situações em que os montantes de energia efetivamente produzidos ou consumidos não são condizentes com o previsto nos contratos bilaterais. Para sanar esse problema, foi criado o Mercado Atacadista de Energia ("MAE"). Os contratos bilaterais, referentes à energia não compreendida nos contratos iniciais, embora tenham preço e quantidade definidos entre os agentes, devem ser necessariamente informados ao MAE e ao ONS. A energia não comprometida pelos contratos bilaterais e contratos iniciais (enquanto existirem) deverá ser necessariamente comercializada no MAE, no chamado mercado de curto prazo (conhecido também como "mercado *spot*"). É, portanto, claro o caráter

³⁵ A Rede Básica é composta pelas linhas de transmissão que devem ser disponibilizadas ao ONS para que este as opere de forma centralizada, e atualmente compreende as linhas com tensão superior a 230kV (Resolução Aneel nº 433, de 10 de novembro de 2000). Sua composição atual é definida pelas Resoluções Aneel nº 66, de 16 de abril de 1999, revisada pela Resolução nº 166, de 31 de maio de 2000.

³⁶ A definição normativa de *operação interligada* consta no Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996: "Art. 14, § 1º. Considera-se operação integrada ao sistema aquela em que as regras operativas buscam assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes e futuros. § 2º Sempre que a central geradora, em função de sua capacidade e da sua localização, interferir significativamente na operação do sistema elétrico, o contrato de concessão ou o ato autorizativo disporá sobre a necessidade de sua operação integrada, de acordo com os critérios e as regras de otimização do respectivo sistema, sujeita aos ônus e benefícios decorrentes." Fica clara, tanto no trecho destacado quanto na definição de despacho centralizado dada no capítulo 1, a justificativa para submeter uma central geradora à operação interligada.

³⁷ É por isso que se diz que o ONS exerce a função de *operador independente do sistema* (KOCH JR., CHARLES H., cit., p. 579 e ss.). Isso está diretamente relacionado à noção de desverticalização operacional, que confere garantia adicional de que novos competidores terão acesso às redes de transmissão. Um gerador que queira entrar no mercado e, para tanto, tenha que acessar a rede transmissão, deve cumprir com as regras operativas do ONS e pagar a tarifa pelo uso do sistema de transmissão, regulada pela ANEEL. O uso do sistema é contratado diretamente com o ONS. Apenas a conexão em si é contratada com a empresa de transmissão.

complementar do mercado de curto prazo do MAE; ele funciona apenas para as compras e vendas de energia a ser utilizada em um curto período de tempo. Entretanto, essa função é essencial para o modelo comercial adotado, pois é praticamente impossível que os montantes previsto nos contratos efetivamente se verifiquem durante a operação real do sistema.

Dois aspectos do MAE devem ser ressaltados para a presente análise. O primeiro é de que o MAE está atualmente dividido em quatro submercados, equivalentes aos quatro subsistemas existentes no SIN³⁸. Para cada um deles haverá preço e sistemas de liquidação e provisão de dados diferenciados. O segundo é o preço do mercado spot, ou "preço do MAE". Este não é definido pelas partes, mas sim por programa computacional que tem como parâmetros informações acerca de oferta, custos de produção, restrições na transmissão, montantes comprometidos nos contratos bilaterais e demanda, dentre outros fatores. É o mesmo programa utilizado pelo ONS na programação do despacho centralizado³⁹. Em vista deste último aspecto, percebe-se que, na verdade, o mercado de curto prazo do MAE não é, em sua essência, um mercado, pois seus preços não são definidos pela pressão competitiva entre oferta e demanda. Trata-se de mecanismo artificial, secundário, que, conforme o modelo, visa apenas criar condições de contabilização e liquidação dos montantes de energia não contratados bilateralmente⁴⁰.

³⁸ Ver item 1.1. A definição das fronteiras dos submercados deve levar em consideração "a presença e duração de restrições relevantes de transmissão nos fluxos de energia dos sistemas interligados" (Decreto nº 2.655/98, art. 15, § 1º). Atualmente, essas fronteiras são definidas pela Resolução ANEEL nº 402, de 21 de setembro de 2001.

³⁹ Não poderia ser diferente. O preço do MAE foi estruturado para refletir qual o custo de produção da unidade de energia consumida mais cara, ou custo marginal do sistema. É simples compreender esse conceito a partir do de despacho centralizado de menor custo. O ONS emite ordens de produção de energia às usinas colocando-as em ordem crescente de custos. Essas ordens são emitidas até que toda a demanda seja atendida. Desse modo, a última ordem é dada à unidade geradora cujo custo operativo é o maior daquele dado momento. Esse custo é o custo marginal do sistema, ou seja, o custo que se incorre para acrescer a última unidade de energia necessária para o atendimento da demanda.

⁴⁰ É interessante notar que esse "mercado" é decorrência explícita da tensão existente entre a implementação de concorrência, que pressupõe decisões descentralizadas de mercado, e o despacho centralizado de menor custo, que deve ser mantido ante as enormes eficiências que proporciona. Essa tensão também é nítida no Mecanismo de Realocação de Energia ("MRE") existente no MAE (ver Decreto nº 2.655/98, arts. 20 a 24). O MRE é um mecanismo de realocação contábil de energia entre os geradores hidrelétricos que visa a mitigação do risco hidrológico, próprio de nosso sistema dependente de geração hidrelétrica. Dele somente participam agentes de geração hidrelétrica despachados centralizadamente pelo ONS. É mais simples entender o conceito

Em vista das mudanças retratadas acima, fica claro que tornou-se mais relevante no setor elétrico o papel do direito concorrencial. A partir do momento que o Estado deixa de intervir diretamente na atividade econômica como produtor de bens e serviços e, concomitantemente, permite maior liberdade para a interação entre os agentes econômicos, torna-se essencial a adoção de regras que garantam as relações econômicas de forma justa e equilibrada.

Não foi por outro motivo que a Lei 9.648/98 adicionou à regulamentação então existente dispositivos específicos sobre a aplicação do direito concorrencial no setor. Para tanto, previu essa lei duas novas competências para a ANEEL, ao alterar o artigo 3º da Lei nº 9.472/96. Esses dois dispositivos serão objeto de análise mais detalhada, a ser empreendida no capítulo 4. Neste momento, é essencial apresentar problemas concorrenciais do modelo que foram evidenciados durante a crise de energia elétrica pela qual passou o país em 2001/2. Estes deixarão clara a relevância de um efetivo controle concorrencial no setor.

3. Crise de energia e revitalização do modelo

Durante a crise de energia que ocorreu no país em 2001/2, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrico - GCE⁴¹ elaborou, em meio às medidas de contenção de consumo e aumento da produção de energia, os Relatórios de Progresso nºs 1, 2 e 3⁴². Tratam-se de estudos nos quais são apontadas causas

por meio de um exemplo. Em caso de secas localizadas, um gerador *A* pode não ter capacidade de entregar toda a energia que deveria produzir (denominada *energia assegurada*, que é capacidade média de um gerador, calculada pela ANEEL e descrita no contrato de concessão), enquanto outro (gerador *B*), em região com índices pluviométricos favoráveis, poderia dispor ao sistema mais energia que sua energia assegurada. Ora, uma vez que o despacho é centralizado, o ONS vai usar energia do segundo para suprir as necessidades não atendidas pelo primeiro. Entra então em cena o MRE: embora tenha *B* produzido mais energia, ele não receberá o valor equivalente a todo este montante, passando contabilmente esta energia excedente para o gerador *A*, de modo que este receba ao menos o equivalente à sua energia assegurada. É, assim, uma forma de compartilhamento de riscos hidrológicos entre os geradores.

⁴¹ Órgão criado pela Medida Provisória n.º 2.147, de 15 de maio de 2001, e composto por representantes de diversos entes governamentais.

⁴² Os Relatórios de Progresso foram elaborados, na verdade, pelo Comitê de Revitalização do Setor Elétrico (criado pela Resolução GCE nº 18, de 22 de junho de 2001), e apenas aprovados pela GCE. Ela o fez pelas Resoluções GCE nº 95, de 10 de janeiro de 2002, e 110, de 30 de janeiro de 2002, referente aos Relatórios nºs 1 e 2. O de nº 3

para a crise, bem como medidas para seu enfrentamento. Os diversos problemas retratados foram organizados em 33 itens, consolidados no Relatório de Progresso nº 2⁴³. Da análise dos mesmos, pode-se verificar que suas causas são de várias naturezas⁴⁴. Alguns, no entanto, possuem evidente caráter concorrencial.

O primeiro problema apresenta enorme relevância, pois se relaciona à comercialização da energia de serviço público, ou, melhor dizendo, das grandes empresas estatais de geração de energia elétrica⁴⁵. Tais empresas, contrariando um dos pressupostos teóricos básicos do modelo implementado (plena concorrência na geração), possuem grande poder de mercado, tendo em vista seus respectivos portes e expressivas participações no mercado de geração de energia⁴⁶. Quando da liberalização do comércio no atacado, a partir de 2003, essas empresas teriam liberdade para abusar desse poder.

não foi aprovado pela GCE, apenas por ela anunciado. Todos podem ser vistos no site <<http://www.energiabrasil.gov.br>>.

⁴³ O Relatório de Progresso nº 3 apenas detalha algumas das medidas previstas pelo de nº 2.

⁴⁴ Há os que nitidamente decorrem da tensão entre a necessidade de coordenação e a liberalização para a criação de um mercado de energia. Próximos a estes estão os problemas encontrados para a expansão da capacidade do sistema, em termos de geração, transmissão e distribuição. Os Relatório nº 2 ainda trata de problemas de governança e organização encontrados no MAE e no ONS. Por fim, mencionam-se os de natureza conjuntural, relacionados à necessidade de lidar com os prejuízos decorrentes da crise.

⁴⁵ Como já mencionado anteriormente, o regime jurídico da geração de energia elétrica foi flexibilizado pela criação da figura do Produtor Independente de Energia. Quando utilizamos o termo "geração de energia elétrica no regime público", referimo-nos às usinas que não se enquadram como PIEs ou autoprodutoras, que são, basicamente, as usinas federais e estaduais que não foram privatizadas, e que ainda se submetem ao regime de concessão de serviço público. Ver Relatório de Progresso nº 2, p. 55 e ss.

⁴⁶ As geradoras estatais (federais e estaduais) respondem por aproximadamente 50% do montante total de energia gerada no país (ver Relatório nº 2, p. 56). Poder-se-ia argumentar que a diminuição de escala eficiente para produção de energia, associada à liberalização do regime jurídico da geração e às novas regras de livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, facilitaria a entrada de novos competidores no mercado nacional a ponto de criar pressões competitivas suficientes para que se não configurasse o poder de mercado das atuais empresas estatais de geração. Mas o que se verifica no Brasil é um quadro bem diverso. Há relevantes barreiras à entrada para novas geradoras de energia no país, quais sejam: i) a geração predominante no Brasil, a de fonte hidráulica, ainda apresenta escala de produção ótima elevada e depende de uso de potenciais hidráulicos, bens limitados e cada vez menos disponíveis em pro-

Outros dois problemas identificados tem a ver com a questão da verticalização das empresas no setor. A conexão aos sistemas de transmissão tem se mostrado difícil a novos geradores pois, como averiguado pela GCE, embora o ONS garanta regras operacionais neutras para o *uso* do sistema de transmissão, a *conexão* ao mesmo é contratada diretamente com as transmissoras. Estas podem cobrar altos preços para a conexão em si, ou alegar impedimentos de ordem técnica, de modo a dificultar a concorrência com geradoras que lhes sejam coligadas⁴⁷. Há ainda a questão do subsídio cruzado que uma empresa pode fazer entre atividades submetidas à concorrência e atividades reguladas, e que facilmente pode criar vantagens injustificáveis a empresas integradas⁴⁸.

ximidade dos centros consumidores; ii) o tempo para a obtenção de autorizações governamentais (ANEEL e órgãos ambientais), somado ao da construção de usinas (mesmo as térmicas) é significativo; iii) ao contrário do verificado em outros países que promoveram a desregulamentação de seus mercados de energia, não há no Brasil abundância de gás natural ou carvão, o que facilitaria a construção de termelétricas. A existência de demanda inelástica a preço no mercado de energia elétrica é elemento a potencializar o poder de mercado dos geradores. A certeza de que a demanda pouco ou nada se alterará diante de oscilações no preço é uma expectativa que em muito facilita o exercício de poder de mercado. Esse poder fica ainda mais evidente pelo fato de que o sistema elétrico brasileiro não permite que todos os geradores concorram entre si, pois é dividido em quatro submercados de energia. Em vista disso, os submercados apresentam grandes incentivos para a cartelização ou, ao menos, para a colusão tácita entre agentes, na forma de oligopólio. Esses incentivos decorrem de dois fatos. O primeiro é a homogeneidade completa do produto ofertado. O segundo, mais relevante, é o fato de que todos fazem suas operações de compra e venda de energia no mesmo ambiente, o MAE, o que facilita enormemente a obtenção de informações sobre a conduta dos concorrentes (SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica...*, op. cit., p. 24, nota 21, e *Direito concorrencial...*, op. cit., p. 127-36).

⁴⁷ Relatório de Progresso nº 2, p. 86.

⁴⁸ Um exemplo simples é o de uma empresa que seja ao mesmo tempo distribuidora e PIE. Ela pode, por diversos meios, alocar seus custos com a geração de energia, desregulada, sob a contabilidade da distribuição, fortemente regulamentada. O mesmo pode ocorrer entre as atividades de distribuição e a venda de energia a consumidores livres. À época dos reajustes tarifários, essa empresa pode exigir um aumento maior nas tarifas, alegando pressão de custos, no que poderá ser atendida. Desse modo, os custos com a atividade competitiva ficam subsidiados, e ela obtém uma vantagem não disponível aos outros competidores não verticalizados (ou, de forma mais abrangente, que não exerçam atividades sob regimes diversos). *Idem*, p. 87.

A apresentação desses problemas⁴⁹ demonstra claramente que a implementação do modelo desconsiderou uma característica básica do setor elétrico brasileiro, qual seja, a existência de grandes empresas estatais, verticalmente integradas e com alto poder de mercado, em decorrência das condições estruturais do setor. Como se verá no próximo capítulo, não só aí o modelo é equivocado.

A extensa produção normativa decorrente da crise previu mecanismos para lidar com esses e outros problemas do setor elétrico⁵⁰, o que levou a alteração de algumas das características originais do setor. Das diversas alterações implementadas, devem ser destacadas a implementação de um leilão para a venda da energia de serviço público e a exigência de separação completa de atividades competitivas e reguladas por empresas que as exerçam simultaneamente⁵¹. Todavia, não houve troca do modelo, mas apenas sua revitalização. Assim, a liberalização permanece, e com ela a maior liberdade de os agentes econômicos agirem. Em vista disso, continua de suma importância a aplicação do direito concorrencial no setor. É o que se estudará a seguir.

4. Controle concorrencial no setor elétrico

Os problemas demonstrados até aqui, bem como as tentativas de resolvê-los, apenas deixam latente a necessidade de um controle concorrencial efetivo para o setor de energia elétrica no país. Uma vez feita a opção por um ambiente competitivo, este só poderá desenvolver-se caso as condições de concorrência possam ser efetivamente garantidas. No entanto, veremos que aqui também a reforma não foi bem sucedida.

⁴⁹ O Relatório de Progresso nº 2 contém um capítulo especial, denominado "Poder de mercado e defesa da concorrência" (p. 84 e s), que apresenta ainda outros problemas de caráter concorrencial. No entanto, cremos que os aqui apresentados possuem maior relevância, e indicam claramente a necessidade de permanente controle concorrencial no setor.

⁵⁰ Uma grande quantidade de medidas provisórias foram editadas em decorrência da crise, algumas já convertidas em lei (ver MP nº 2.149 de 29/05/2001; MP nº 2.209 de 29/08/2001, que cria a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial - CBEE; MP nº 2.227, de 04/09/2001; MP nº 14 de 21/12/2001, que alterou diversos aspectos do setor, e foi convertida em Lei sob nº 10.438, de 26/4/2002; MP nº 29 de 07/02/2002, que recria o MAE, e foi convertida na Lei nº 10.433, de 24/4/2002; MP nº 64, de 26/08/2002, que também alterou aspectos da regulação setorial). A grande maioria lidou apenas com aspectos eminentemente conjunturais. Além das MPs, também centenas de resoluções do Ministério de Minas e Energia, GCE e ANEEL foram editados.

⁵¹ Lei nº 10.438/02, arts. 27 e 28, e MP 64/02, art. 2º, respectivamente.

A reforma implementada pela Lei 9.648/98, como vimos, concedeu à ANEEL novas competências em matéria de aplicação da legislação concorrencial⁵². A primeira foi a de “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 transferências de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si” (inciso VIII). Trata-se, como é evidente, de competência da ANEEL para estabelecer limites estruturais no setor de energia elétrica. Isso foi feito por meio de diversas resoluções⁵³. A principal delas é a Resolução nº 278, de 19 de julho de 2000, antecedida pela de nº 94, de 30 de março de 1998. Ela estabelece limites de concentração para as atividades de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica, tanto para o Sistema Interligado Nacional como para os dois grandes subsistemas Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste. Além disso, a Res. 278 estabeleceu limite de 30% para aquisição de energia, por parte das distribuidoras, de geradoras a elas coligadas (a chamada "auto-contratação").

A segunda função da ANEEL em sede concorrencial é a de "zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica" (inciso IX). Para o cumprimento de ambas as competências, deve a ANEEL "articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça" (Lei 9.427/96, art. 3º, par. único). Esses dispositivos causaram certa estranhe-

⁵² A lei básica em matéria concorrencial no Brasil é a de nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com fundamento no artigo 173, § 4º da Constituição. Por meio dela, instituiu-se o assim chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e duas secretarias ministeriais que o auxiliam, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e a de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda. O CADE funciona como "tribunal administrativo" responsável por exercer tanto o controle de estruturas quanto o de condutas, em qualquer setor da economia brasileira. Ele é auxiliado nessa tarefa pelas duas secretarias mencionadas. A SEAE é responsável pela análise dos aspectos econômicos relacionados aos processos, enquanto a SDE coordena os procedimentos e promove as investigações relevantes.

⁵³ Ver Resolução nº 395, de 4 de dezembro de 1998, que em seu artigo 18 estabelece, como critério de desempate no processo de outorga de potenciais, o menor grau de participação no sistema elétrico nacional; e Resolução nº 22, de 4 de fevereiro de 1999, que tem por objetivo regulamentar a forma de controle da ANEEL em contratos entre os prestadores de serviço de energia elétrica e suas coligadas, controladas ou controladoras.

za na doutrina, pois a falta de clareza na sua redação poderia gerar conflito de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a ANEEL⁵⁴. Entretanto, convênios foram firmados entre esses órgãos com o objetivo de trazer melhor definição de suas respectivas competências⁵⁵. Atualmente, tanto os processos de averiguação de condutas anticoncorrenciais quanto os de controle de concentrações envolvendo agentes do setor elétrico são julgados pelo CADE, com instrução coordenada pela Secretaria de Direito Econômico - SDE e pareceres técnicos da ANEEL e da SEAE. Isso pouco difere do previsto pela Lei 8.884, à exceção, é claro, da participação da ANEEL no processo⁵⁶.

Uma crítica ao controle concorrencial aplicável ao setor elétrico brasileiro certamente não pode se deter na análise das competências dos órgãos envolvidos. As complexidades que o setor elétrico apresenta exigem averiguação mais detida dos parâmetros em que esse controle deve se pautar. É o que se buscará a seguir.

⁵⁴ ROCHA, BOLÍVAR M., "Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência", *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58; MELLO, MARIA THERESA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 5, , 1999, p. 31-61.

⁵⁵ Atualmente, se encontra em vigor o "Primeiro aditivo ao termo de compromisso firmado em 02 de dezembro de 1998 que entre si celebram a União Federal, por intermédio do Ministério da Justiça, representado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, visando a atuação conjunta com vistas à prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico brasileiro", obtido em

< http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/arquivos/Primeiro_Aditivo_termo_ANEEL.pdf >

⁵⁶ Resta saber se esse quadro institucional será alterado em virtude das mudanças previstas pelo artigo 17 da Lei nº 10.438/02, comentada acima. Este artigo altera a lei de criação da ANEEL, e lhe dá competência para controlar atos entre prestadora de serviços de energia elétrica e outras empresas do grupo empresarial ao qual pertença, podendo impor-lhes restrições e, até, invalidá-los. No entanto, a referida Lei não estabelece em que bases deve a ANEEL efetuar esse controle, pois não prevê qualquer regra especial que sirva de orientação à Agência para tanto. Diz, apenas, que as obrigações a serem controladas são “especialmente comerciais”. Desse modo, essa nova competência não pode destoar do regime já estabelecido para a ANEEL, tanto em sede regulatória quanto em matéria concorrencial. Assim, pode a ANEEL controlar e impor restrições a atos que configurem alguma forma de infração à regulamentação do setor, como, por exemplo, a aquisição de energia por distribuidora de geradora coligada acima do limite de 30% previsto pela Res. 278/00. Mas isso não implica na competência para analisar práticas anticoncorrenciais, o que permanece privativo do CADE.

Controle de estruturas

Como vimos, a competência da ANEEL para estabelecer limites de concentração econômica aplicáveis aos agentes do setor elétrico foi exercida quando da edição da Resolução nº 278/00. É importante, nesse instante, analisar a natureza jurídica deste limite, e apresentar as críticas que a eles se direcionam.

Os limites impostos pela Resolução ANEEL nº 278/2000 para a concentração de mercado não criam mera presunção da existência de poder de mercado de um agente, como aqueles previstos pela Lei 8.884/94 para submeter uma agente ao controle concorrencial do CADE⁵⁷. Tais limites, na verdade, determinam quando uma concentração deve ser caracterizada como ilícita *per se*, ou seja, quando ela não pode, sob qualquer argumento, ser considerada legal. Isso se deve, primeiramente, pelo fato de o setor elétrico compor-se de atividades intituladas pela União. Desse modo, pode a União, por meio da ANEEL e com permissão legal expressa para tanto, definir esses limites com caráter obrigatório, e, portanto, determinar a melhor configuração possível para o setor, pois se aplicam a atividades das quais é titular. Além do mais, o caráter imperativo desses limites se justificam por se caracterizar a indústria de energia elétrica como um setor regulado dominado⁵⁸, no qual se demanda uma aplicação mais incisiva do direito concorrencial.

Definida a natureza jurídica desses limites, podemos tecer algumas críticas ao teor da Resolução 278/00. A primeira é de ordem preponderantemente jurídica. Para cumprir seu objetivo de estabelecer limites de concentração no setor, a Resolução deve prever forma clara de averiguação de controle societário, pois concentração econômica nada mais é que sujeição de diversas unidades empresariais a um mesmo centro decisório⁵⁹. Isso não ocorre na re-

⁵⁷ Lei 8.884/94, artigo 54, § 3º.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, cit., p. 96-8. O autor distingue nesta obra (p. 41-50) dois grandes tipos de setores regulados: os *setores regulados dominados*, caracterizados pela dependência de todos os agentes econômicos do setor a uma estrutura essencial, normalmente organizada como uma rede; e os *setores de acesso e permanência regulados*, nos quais, embora as condições existentes nos do primeiro tipo inexistam, possuem relevância pública e o Estado os controla para “garantir a segurança e a integridade física e econômica dos indivíduos e da nação” (p. 46). Como é evidente, o setor elétrico pertence à primeira classe exposta.

⁵⁹ SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, cit., p. 229-30.

ferida Resolução. Há apenas definição de “grupo de controle”, como “grupo de agentes econômicos que tem o poder de dirigir, de forma direta ou indireta, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa” (art. 2º, III). A falta de uma clara definição de controle, ou mesmo do “poder de dirigir” aludido na Resolução, facilmente permite que empresas escapem dos limites impostos pela mesma. Trata-se de defeito que compromete toda a funcionalidade da norma.⁶⁰

A par disso, a Resolução apresenta outro defeito grave, no que se refere à divisão do Sistema Interligado Nacional prevista pela Resolução. Esta estabelece os limites de concentração tanto para todo o SIN quanto para os dois grandes subsistemas, o Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste. Essa divisão é, no entanto, evidentemente artificial pois, como vimos, há quatro, e não apenas duas subregiões. Além das informações já apresentadas no decorrer desse texto, essa divisão ficou evidente durante o racionamento de energia do ano passado, quando a energia do Sul do país não podia chegar em quantidade suficiente no Sudeste, o mesmo acontecendo entre as regiões Norte e Nordeste⁶¹. Não custa lembrar que o MAE, com base nesse fato, está subdividido em quatro, e não apenas dois submercados, o que deveria ter sido levado em consideração pela ANEEL quando da elaboração da Resolução nº 278/00⁶².

⁶⁰ A ANEEL deveria seguir o exemplo de sua congênere ANATEL, que editou um "Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações" (Resolução ANATEL nº 101, de 4 de fevereiro de 1999), no qual há definição de controle que abrange as mais diversas hipóteses de controle direto e indireto. Tratam-se de critérios mais apropriados para aplicação da legislação concorrencial, como se pode ver, inclusive, na definição dada pelo CADE a "controle" em sua Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, Anexo V, item 1.3.

⁶¹ Basta lembrar que o Sul não passou por racionamento, e que o Norte pôde sair da redução compulsória de consumo antes do Nordeste. Ver Res. GCE nºs 87, de 19 de dezembro de 2001, e 117, de 19 de fevereiro de 2002.

⁶² O artificialismo é presente também na aplicação deste limite que vem sendo feito pelo SBDC. Como exemplo, pode-se se ver o Ato de Concentração envolvendo a aquisição, pela Gerasul, de participação detida pelo Grupo Odebrecht na Itasa, uma das proprietárias da Usina Itá, localizada entre os estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina (AC. 08012.002085/2000-41). As análises feitas por SEAE, ANEEL e CADE pressupõem uma contestabilidade de mercado inexistente, em vista das características da entrada em operação de nova geração (ver nota 46) e das restrições na rede de transmissão. Ver, por exemplo, o parecer técnico da SEAE no caso, disponível em <[http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/](http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/pareceres/PDF/pcrACGerasulOdebrechternanik.PDF) arquivos PDF/pcrACGerasulOdebrechternanik.PDF >.

Vê-se que aqui também se verifica a despreocupação com aspectos básicos da configuração do setor elétrico nacional. A ANEEL, com competência para estabelecer instrumento eficaz no controle concorrencial, peca em diversos aspectos e acaba por perpetuar a incoerência no estabelecimento da regulação setorial.

Controle de condutas

Várias das medidas implementadas pela reforma têm o objetivo claro de impedir o abuso de poder de mercado por parte de agentes que o detêm. Assim o controle de tarifas na transmissão e distribuição de energia, a operação neutra da rede pelo ONS, a garantia de livre acesso às redes e a desverticalização. Entretanto, a literatura econômica apresenta uma série de condutas que caracterizam o abuso de poder de mercado nos “mercados atacadistas de energia” de países que promoveram reformas em seus respectivos setores de energia⁶³. Buscar-se-á analisar abaixo, com base nos exemplos previstos nesses artigos, a possibilidade de condutas anticoncorrenciais no MAE.

À primeira vista, surgem como possíveis formas de exercício de poder de mercado no MAE os exemplos clássicos previstos na doutrina concorrencial, como a diminuição da oferta e o aumento unilateral de preço. Há elementos na configuração do setor elétrico brasileiro, no entanto, que dificultam o exercício de poder de mercado por esses meios. O primeiro deles é o despacho centralizado realizado pelo ONS, que não permite que um grande gerador de energia elétrica, por estar sob regime de operação interligada, tenha liberdade para determinar a quantidade de energia que poderá produzir e inserir no

⁶³ As especificidade dos problemas enfrentados para a liberalização dos setores elétricos de diversos países incentivou o surgimento de uma vasta quantidade de artigos a respeito do tema. Para mencionar apenas alguns expressivos, ver ARENTSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, 1996, p. 541-52; GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, 1999, p. 515-25; HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", *Energy Policy*, vol. 26, n. 2, 1996, p. 75-83; HOGAN, WILLIAM W., *Market Power in Theory and Practice*, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000; MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform"; *Energy Policy*, vol. 27, n. 2, 1999, p. 73-83; WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-047*, Berkeley, University of California Energy Institute, April 1997.

sistema. Também a atual estrutura da formação de preços no mercado de curto prazo do MAE dificulta a oferta de preços acima do custo marginal, tendo em vista que esse preço não é dado pelo gerador, mas pelo MAE, que segue o mesmo princípio do despacho centralizado. O gerador fornece tanto para o ONS quanto para o MAE dados de custo e capacidade, mas não preço.

Todavia, não só os textos mencionados, mas também as conhecidas experiências de dois casos paradigmáticos de reforma no setor de energia, a Inglaterra e a Califórnia⁶⁴, nos mostram outros exemplos em que os geradores conseguem aumentar substancialmente o preço da energia no atacado, e que podem ocorrer no país. Tratam-se da manipulação de regras complexas do mercado atacadista (conhecida por “*gaming*”), e a criação intencional de restrições nos sistemas de transmissão.

Convém compreender esses exemplos. A criação intencional de restrições nos sistemas de transmissão é um caso peculiar de ato anticoncorrencial visto no setor elétrico, que se dá pelo *aumento* de produção. A estratégia está intimamente relacionada ao fato de que o “produto” energia só tem como “canais de distribuição” as redes de transmissão e distribuição, que possuem capacidade limitada. Em vista disso, um determinado gerador pode, durante situações de sobrecarga no sistema, aumentar sua produção para gerar certas restrições na rede que dificultem tanto a produção de outros geradores quanto a importação de energia produzida em outros submercados e, assim, obter maiores preços⁶⁵.

Por sua vez, a manipulação de regras de mercado está diretamente relacionada à complexidade inerente às normas que regem os mercados atacadistas de energia. Caso detenham poder de mercado, os geradores agem estrategicamente, muitas vezes em cooperação tácita, e manipulam o mercado de modo a que o preço suba. No caso brasileiro, isso pode acontecer em vista do uso estratégico das informações enviadas ao MAE e ao ONS. Como são essas informações que determinam o resultado do despacho centralizado e, conseqüentemente, o preço do MAE, um grande gerador pode manipulá-las de modo a se beneficiar. Aliada a uma estratégia de contratação bilateral (e, para as

⁶⁴ Ver, dentre outros, SHIOSHANSI, FEREDDOON P., "California electricity market: finally turning the corner?" *Energy Policy*, v. 30, 2002, p. 245-248, e MACATAN-GAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, v. 29, 2001, p. 337-40.

⁶⁵ CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v. 19, 1997, p. 109-37.

empresas estatais, nos leilões obrigatórios)⁶⁶, e com uma previsão razoável do regime pluviométrico que o afete, essa manipulação daria aos grandes hidrogeradores condição de, sem considerar o comportamento dos (poucos) concorrentes, definir o preço do mercado. Esse risco é ainda potencializado pelo perfil oligopólico dos submercados de energia⁶⁷. Por terem condições de levantar informações importantes sobre o comportamento dos outros agentes no mercado, os grandes geradores certamente montarão suas estratégias em cooperação tácita.⁶⁸

Mesmo diante de todos os problemas que podem ser antevistos para o MAE quando da liberalização a partir de 2003, a única estrutura institucional para a supervisão dessas práticas é aquela descrita no item 4⁶⁹. Entretanto, tanto a importância do setor elétrico, quanto a especificidade das quais as infrações concorrenciais podem revestir-se no MAE, certamente exigem estrutura institucional que mais de perto possa controlar a conduta dos agentes nesse ambiente. Desse modo, seria altamente recomendável que a estrutura do MAE, do ONS e da ANEEL estivesse preparada especificamente para lidar com esse tipo de situação, o que atualmente não existe. Além disso, também maio-

⁶⁶ Deve se destacar que os leilões de energia foram criados exatamente para evitar que as empresas federais usassem seu poder de mercado. Assim, várias de suas regras (previstas principalmente na Resolução ANEEL nº 423, de 9 de agosto de 2002) têm essa finalidade, tais como a exigência de venda mínima de 50% da energia disponível em leilão, a venda do restante no mercado de curto prazo do MAE, e aprovação prévia do edital pela ANEEL. No entanto, isso aumenta ainda mais a complexidade das regras do mercado, o que pode criar oportunidades para sua manipulação, em vista da assimetria de informações que existe entre agentes do mercado e ANEEL. Além do mais, tais regras não são aplicáveis aos geradores privados.

⁶⁷ Ver nota 46.

⁶⁸ Ver BARROSO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos...*, cit., p. 51-9. Não bastasse isso, o Comitê de Revitalização tem desenvolvido estudos no sentido de se implementar no MAE um esquema de oferta de preços para o mercado de curto prazo, em substituição ao atual sistema de preço definido conforme o despacho centralizado. A decorrência clara seria a maior liberdade dos agentes na atuação do mercado. A justificativa seria de que o atual sistema, no qual os preços são dados por agente externo aos participantes do mercado, não permitiria uma correta distribuição de riscos e responsabilidades. No entanto, não parece ser sustentável tal posição em vista dos riscos de práticas anticoncorrenciais que mais facilmente poderiam ser praticadas. Ver Relatório de Progresso nº 3, p. 10-6, e, principalmente, Anexo D - "Poder de Mercado".

⁶⁹ Como vimos (nota 50), o MAE foi reformado pela Lei nº 10.433/02. No entanto, tais mudanças se verificaram principalmente em seus aspectos institucionais, na forma de medidas para prevenir o conflito de interesses. Os princípios básicos de funcionamento permanecem. Ver Relatório de Progresso nº 2, p. 72-7.

res entendimentos entre os órgãos do SBDC e a ANEEL para a análise desses problemas seria válida.

5. Conclusão

Não é possível tratar com profundidade, dentro de um artigo, todos os aspectos relacionados à defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro, principalmente em vista dos diversos problemas envolvidos. Buscou-se apresentar os elementos fundamentais para a implementação da concorrência no setor e os problemas decorrentes, os quais justificam incisiva aplicação do direito concorrencial. No entanto, como vimos, esta ainda padece de diversos defeitos.

Não nos coube, aqui, particularizar e detalhar sugestões para mudanças, tendo em vista que o principal objetivo do artigo foi analisar criticamente a reforma do setor elétrico brasileiro, principalmente no que se refere à defesa da concorrência. Todavia, cremos que as informações aqui expostas certamente podem contribuir como subsídio para o debate ora em curso sobre a nova regulação setorial.

BIBLIOGRAFIA

ARENTSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, 1996, p. 541-52

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, *Cadernos de Infra-estrutura - Setor Elétrico - Ranking 2001 - Volume I*, Rio de Janeiro, Outubro de 2001

BARROSO, LUIS AUGUSTO, *Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos de agentes geradores em ambiente de mercado*, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000

BLANCHET, LUIZ ALBERTO, *Concessões de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 1999

BORENSTEIN, SEVERIN; BUSHNELL, JAMES; WOLAK, FRANK, "Diagnosing Market Power in California's Deregulated Wholesale Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-064*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1999

BREYER, STEPHEN, *Regulation and its reform*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1982

CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v. 19, 1997, p. 109-37,

COOPERS E LYBRAND, Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Etapa VI – Relatório Consolidado – Volume II - Relatório Principal, Brasília, Dezembro de 1997

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito Administrativo*, 12^a ed., São Paulo, Atlas, 2000

FEDERAL TRADE COMMISSION, "Promoting Wholesale Competition Through Open Access – Non-discriminatory Transmission Services by Public Utilities, Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities", *Proposed Rulemaking and Supplemental Notice of Proposed Rulemaking Docket Nos. RM95-8-000 & RM94-7-001*, disponível em < <http://www.ftc.gov/opp/advocacy/v950008.htm> >

FORGIONI, PAULA, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998

GRAU, EROS ROBERTO, A ordem econômica na constituição de 1988 - interpretação e crítica, 7^a ed., São Paulo, Malheiros, 2002

GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, 1999, p. 515-25

HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", *Energy Policy*, vol. 26, n. 2, 1998, p. 75-83

HOCHSTETLER, RICHARD L., *A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração*, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999

HOGAN, WILLIAM W., *Market Power in Theory and Practice*, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000

JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997

KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", *Florida State University Law Review*, v. 27, 2000, p. 569-613

LIMA, JOSÉ LUIZ, Políticas de governo e desenvolvimento do setor de energia elétrica: do Código de Águas à crise dos anos 80 (1934-1984), Rio de Janeiro, Memória da Eletricidade, 1995

MACATANGAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, v. 29, 2001, p. 337-40

MATTOS, PAULO, "Regulamentação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil", in FARIA, JOSÉ EDUARDO (org.), *Regulação, Direito e Democracia*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 58-79

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000

MELLO, MARIA THEREZA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", *Revista do IBRAC*, v. 6, n. 5, , 1999, p. 31-61

MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform", *Energy Policy*, vol. 27, 1999, p. 73-83

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA - Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos - CCPE; CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A., *Relatório Analítico do Mercado de Energia Elétrica - Ciclo 2000*, Rio de Janeiro, maio de 2001, disponível em <http://www.eletrobras.gov.br/downloads/mercado/relatorio_analitico_2000.zip>

PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", *Textos para discussão n° 76*, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000

_____, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, p. 137-168

POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law, an economic perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976

ROCHA, BOLÍVAR M., "Articulação entre regulação de infraestrutura e defesa da concorrência", *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 7, 1998, p. 47-58

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998

_____, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001

STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", *Resources and Energy*, v. 19, 1997, p. 47-83

STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", *Economics Department Working Papers n° 238*, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000

STIGLITZ, JOSEPH E., *Economics of the public sector*, 2nd. ed., New York and London, W. W. Norton & Co., 1988

TURNER, DONALD F., "The scope of antitrust and other economic regulatory policies", *Harvard Law Review*, n. 82, April 1969, p. 1.207-44.

VENÂNCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico – o Direito Público Econômico no Brasil*, edição fac-similar da de 1968, Rio de Janeiro, Renovar, 1998

VISCUSI, W. KIP et all., *Economics of regulation and antitrust*, 2nd. ed., Cambridge and London, MIT Press, 1995

WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-047*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1997