

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR REGULADO DE ENERGIA ELÉTRICA

*Valdomiro José de Almeida*¹

Sumário: 1. Os instrumentos de defesa da concorrência. 2. O papel da política de concorrência no Setor de Energia Elétrica. 3. O *enforcemet* da política de defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro. Referências bibliográficas.

Resumo: A defesa da concorrência por meio do controle dos atos de concentração tem um papel chave no desenvolvimento da concorrência nos mercados de eletricidade em reestruturação. A aplicação dos conceitos e instrumentos da análise antitruste ao setor elétrico tem que levar em conta certas especificidades desse setor. Além disso, os índices de concentração usuais tendem a ser inadequados para uma avaliação do poder de mercado nos mercados de energia elétrica. Pelas disposições legais vigentes, a defesa da concorrência no setor elétrico deve efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a agência reguladora e os órgãos de defesa da concorrência. Os mecanismos regulatórios, como, por exemplo, a Resolução 278/2000, não substituem um roteiro específico de análise antitruste para o setor elétrico.

1. OS INSTRUMENTOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

As leis de concorrência podem ser comparadas a um *kit* de instrumentos para lidar com as questões concorrenciais das firmas nos mercados. Os diferentes instrumentos incorporados nessas leis são convencionalmente divididos em duas categorias quais sejam, estruturais (fusões e concentrações) ou comportamentais (condutas). Os problemas decorrentes do exercício (ilícito) do poder de mercado, por sua vez, podem ser agrupados em três conjuntos formais, os dois primeiros, de natureza comportamental, e o terceiro, de natureza estrutural: i) relacionamentos e acordos entre as diferentes firmas independentes; ii) ações unilaterais de uma só firma; e iii) combinações estruturais de firmas independentes.

A primeira categoria, *acordos*, é, em geral, subdividida para fins analíticos em dois grupos: acordos “horizontais” entre firmas do mesmo ramo de atividades, e acordos “verticais” entre firmas em diferentes estágios da ca-

¹ Mestre em Economia da Regulação e Defesa da Concorrência, pelo CERME/UnB, e integrante da carreira de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

deia de produção ou distribuição.² A segunda categoria é chamada “*monopolização*” em algumas leis (como nos EUA), e “*abuso de posição dominante*” (como no Brasil). São categorias que estão relacionadas principalmente com conduta e circunstâncias de firmas individuais. Leis contra a monopolização são tipicamente direcionadas a táticas exclusionárias por meio das quais firmas podem tentar obter ou proteger posições de monopólio.³ A terceira categoria, que são as “*fusões*” e “*concentrações*”, incluem outros tipos de combinações estruturais, tais como participações ou aquisições de ativos, *joint ventures*, participações cruzadas em empresas e compartilhamento de diretores.

Os mais diversos motivos podem justificar a decisão corporativa de crescimento por meio da aquisição de um negócio existente ao invés da opção pelo empreendimento da expansão interna e novo investimento (cf. OECD, 1998). No caso das concentrações horizontais, as autoridades de concorrência estão especialmente interessadas em dois possíveis motivos: o aumento no **poder de mercado** ou na eficiência econômica, ou em ambos. Distinguir entre os dois tem sido reconhecido como uma tarefa complexa.

O controle de concentrações tenta evitar a criação, por meio de aquisições ou outras combinações estruturais, de empresas que terão o incentivo e a capacidade para exercer o poder de mercado.⁴ Em alguns casos, o teste da legalidade é derivado das leis sobre dominância ou restrições; em outros, há um teste separado expresso em termos de potencialidade de efeitos na concorrência de uma maneira geral. O processo analítico aplicado tipicamente se encaminha para caracterizar os produtos que são substitutos, as firmas que podem oferecer concorrência, e as participações relativas e importância estratégica dessas firmas com relação aos mercados de produtos. Um importante fator é a possibilidade de nova entrada e a existência de **barreiras** efetivas para a nova entrada. A maioria dos sistemas emprega alguma forma de teste de *market share* seja como guia para maior investigação ou como uma presunção sobre a legalidade da concentração. As concentrações em mercados concen-

² Os acordos de cartel são amplamente conhecidos como tentativas de replicar o comportamento monopolista de elevar os preços acima do nível de livre concorrência pela redução da produção.

³ Leis contra abuso de posição dominante tratam das mesmas questões, e podem tentar também tratar do efetivo exercício de poder de mercado. Por exemplo, sob alguns sistemas de abuso de dominância, cobrar desarrazadamente preços altos pode ser uma violação da lei.

⁴ O Direito brasileiro consagra um sistema de controle de atos de concentração por meio da Lei nº 8.884/94, a Lei de Defesa da Concorrência.

trados, ou que criam firmas com elevados *market shares* são vistas como tendentes a afetar a concorrência.⁵

A política de concorrência tem um papel chave no desenvolvimento da competição em mercados de eletricidade, principalmente no trato dos atos de concentração econômica (OECD/IEA, 2001). A análise e o posicionamento das autoridades de concorrência, nessa área, é fundamental em muitos países nos quais o mercado de eletricidade é inicialmente altamente concentrado, como via de regra acontece. O estudo da OECD acima, faz, no entanto, alguns “alertas” para os órgãos antitruste. Observam, por exemplo, que as *condições de entrada* e a expansão geográfica dos limites do mercado, que podem mitigar o poder de mercado, ocorrem muito lentamente nos mercados de eletricidade. Há também o perigo de que o movimento de concentrações e aquisições possa reagregar funções do sistema elétrico, que a reforma justamente procurou desagregar para promover a concorrência. O estudo também enfatiza que uma política ativa de controle das concentrações pode ser o único remédio efetivo contra o poder de mercado em um grande número de situações.

O estudo destaca as vantagens da análise antitruste nos setores regulados afirmando que

a experiência mostra que o procedimento de avaliação das concentrações pode ser talhado e ajustado para enfocar o poder de mercado sem ter que necessariamente bloquear a operação em si. Identificar as medidas remediadoras apropriadas para mitigar o poder de mercado requer uma análise cuidadosa dos mercados para identificar as áreas geográficas em que ele pode ser exercido e o particular conjunto de ativos que conferem poder de mercado.

e que

*[I]nstrumentos e expertise específicos para a análise da concorrência em mercados de eletricidade estão sendo rapidamente desenvolvidos, particularmente nos EUA, onde a legislação antitruste é mais amplamente aplicada. Enquanto os conceitos básicos da análise antitruste — **poder de mercado, desinvestimento e barreiras à entrada** — permanecem os mesmos, outros, como a **definição de mercado** e os fatores específicos que são tendentes a facilitar o **exercício do poder de mercado** (ou torná-lo mais difícil) na indústria de eletricidade requerem um refinamento dos conceitos (negrito e grifo são meus)*

⁵ Conforme Martin, S. (ob. cit.), “Market share parece trazer consigo poder de mercado. Essa hipótese é consistente tanto com os modelos de oligopólio geralmente aceitos, como com os trabalhos empíricos ao nível da firma no paradigma estrutura-desempenho”.

Quanto à aplicação dos instrumentos da análise antitruste no setor elétrico, como por exemplo, o mercado relevante, o estudo da OCDE faz algumas advertências. Primeiro, o mercado relevante geográfico e do produto eletricidade para a análise antitruste tem que ser definido com referência às condições de oferta e demanda que variam de acordo com o tempo. Por exemplo, a mesma área geográfica pode constituir um mercado em períodos de baixa demanda mas pode ser dividida em dois ou mais mercados em períodos de alta demanda se restrições de transmissão impedem o comércio entre duas ou mais zonas. Como um resultado, pode haver diferentes mercados para diferentes períodos de tempo. Ademais, transações no atacado e no varejo, geralmente não estariam no mesmo mercado dado que as oportunidades dos compradores de trocar de fornecedor são diferentes. E, para alguns propósitos, transações de curto, médio e longo prazo, também, definem mercados diferentes.

Segundo, a avaliação do poder de mercado em mercados de eletricidade tem que levar em conta muitos fatores específicos incluindo a forma na qual a concorrência se dá (isto é, como os preços são estabelecidos em uma particular estrutura vertical ou horizontal) e as condições de entrada no mercado. A abordagem antitruste baseada nos índices de concentração, como o Herfindahl-Hirschman Index (HHI), o índice de Lerner e o C-4, tende a ser inadequada para fazer uma avaliação acurada do poder de mercado no setor.⁶ Em razão disso, as análises de mercados de eletricidade têm se apoiado em modelos estruturais mais completos, como os modelos de oligopólio de Cournot, ou o de curva de oferta, como o de Kemplerer & Meyer (1989), que apresentam hipóteses específicas sobre o comportamento das firmas.

No que se refere às condições de entrada, a análise antitruste tem que levar em conta o relativamente longo tempo (embora decrescente), do planejamento inicial à operação dos ativos de geração e transmissão.

2. O PAPEL DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

⁶ O HHI é usado pelo DOJ (*Merger Guidelines*) e pela FERC, ambos nos EUA, e em vários outros países, na avaliação de efeitos de uma fusão na concentração do mercado. Originalmente concebido simplesmente como uma medida de concentração, e usado como um indicador do potencial para colusão, o índice tem sido adotado como um indicador de poder de mercado exercido por meio de *ações unilaterais*, um termo que indica que nenhuma colusão tácita ou explícita, está envolvida (cf. Stoft 2002: 342).

Pode uma firma que é regulada por uma agência governamental ser processada sob as leis antitruste? A resposta é *sim*, já que a regulação não provê uma defesa absoluta contra a execução de uma denúncia antitruste.⁷

O desenvolvimento histórico da legislação antitruste e da regulação desde o final do século dezenove sugere uma delimitação de fronteiras entre as duas áreas que parece auto-evidente à primeira vista. A política de concorrência seria concebida com a intenção de garantir o próprio funcionamento dos mecanismos de mercado; em contraste, a regulação tradicional era desenhada para substituir tais mecanismos na presença de inevitáveis falhas de mercado.

No entanto, nas duas últimas décadas, os diversos processos de reforma regulatória que vêm ocorrendo no mundo, têm sido centrados, principalmente, na introdução de competição nos ambientes regulados. Na prática, tais reformas raramente consistem em abolir a regulação e deixar o ambiente submetido apenas às forças de mercado. Assim, surge a importante questão que é, “até que ponto os setores regulados devem submeter-se à ação das agências de defesa da concorrência” (Ishihara *et alii*, s/d). Essa questão remete para outra que é a da interface entre a atuação das agências antitruste e reguladores setoriais. Como observam Possas *et alii* (1998:50),

... os setores de infra-estrutura, tradicionalmente monopólios privados ou estatais, têm experimentado um processo de transformação estrutural, em que a concorrência, pela entrada de novos competidores em alguns segmentos de mercado, coexiste com a necessidade de regulação sobre segmentos ainda monopólicos. Como resultado tais setores tornam-se, simultaneamente, sujeitos tanto a regimes de regulação como às regras de defesa da concorrência, delimitadas pela legislação antitruste de cada país.

Nesse contexto, na maioria dos países-membros da OCDE, a competição nos ambientes regulados é fomentada por um novo tipo de regulação. Como resultado desse processo, há, entre os países, diversos exemplos de agências de regulação com competência legal para promover competição, além de formular e aplicar leis gerais de concorrência e/ou regras “*customizadas*”.

⁷ Essa pergunta é feita por Carlton & Perloff (ob. cit., p. 797) para o caso dos EUA e respondida afirmativamente pelos autores. Estes dão como exemplo o caso da AT&T, em que as leis antitruste foram usadas tanto por particulares quanto pelo governo contra a companhia telefônica altamente regulada. As ações privadas resultaram em algumas das maiores indenizações na história. O resultado da ação governamental foi a ordem de ‘quebra’ (desinvestimento) da companhia em sete companhias operadoras locais, as “Baby Bells”, e em uma operadora de longa distância.

Todavia, há nuances diferentes na atuação e na perspectiva das políticas de concorrência e de regulação, como se pode ver no Quadro 1.

Quadro 1 – Regulação vs. Política de Concorrência

Dimensões	Regulação Tradicional	Política de Concorrência
Abrangência	Setor específico da economia	Todos os setores da economia
Objetivos	Mais amplos: universalização de serviços, integração regional, proteção ambiental, etc.	Mais restritos: eficiência alocativa
Método Básico	Substituição dos mecanismos de mercado	Uso de mecanismos de mercado
Timing da Ação	“ex ante” e contínua	“ex post” (exceto para atos de concentração) e eventual
Informação Disponível	Detalhada em relação ao setor regulado	Específica ao caso
Tipos de Recomendação	Medidas comportamentais	Medidas estruturais
Propensão à Captura	Maior probabilidade	Menor probabilidade

Fonte: OCDE (*apud* Vinhaes *et alii*, ob. cit.).

O fato é que a competição e a política da sua defesa tornaram-se presentes em praticamente todos os setores da economia, inclusive, naqueles regulados. A OCDE no relatório sobre a experiência de seus países-membros em reformas da indústria de energia elétrica (OECD/IEA, ob. cit.) chama a atenção para o importante papel da política de defesa da concorrência após uma reestruturação setorial.⁸ Segundo o relatório, o papel da lei geral de concor-

⁸ A política de defesa da concorrência é a política pública que regula o exercício do poder de mercado de empresas e a forma como ocorre a competição entre elas (cf. CARLTON & PERLOFF, 1998:793). KHEMANI & DUTZ (1995:16) têm uma definição mais abrangente: “Por ‘política de concorrência’ chamamos aquelas medidas governamentais que diretamente afetam o comportamento das empresas e a estrutura da indústria. Uma apropriada política de concorrência, como a definimos, inclui tanto (1) políticas que elevam a competição nos mercados local e nacional (tais como políticas de liberalização do comércio, relaxamento das exigências ao investimento e à propriedade estrangeira, e desregulamentação econômica) como (2) lei de concorrência (também chamada de lei antitruste ou antimonopólio) instituída para evitar práticas negociais anticompetitivas por firmas e intervenções desnecessárias do governo no mundo dos negócios”. Assim, nesta acepção de KHEMANI & DUTZ, a po-

rência tem de ficar claro no momento em que começa a competição no setor elétrico. Deve, no entanto, ser observado que é cada vez mais crescente, o papel atribuído às políticas de concorrência em todos os setores da economia, nos diversos países desenvolvidos e em desenvolvimento.⁹

lítica de concorrência abrange a própria reforma regulatória como uma política destinada a introduzir a competição em um determinado setor, e também a política de defesa da concorrência, muitas vezes confundida com a lei de concorrência. De fato, para estes autores, *“uma política de defesa da concorrência apropriada requer mais do que o enforcement da lei de concorrência (...). requer nada menos que uma mudança no paradigma da forma como as autoridades de concorrência funcionam. Isto é, a lei e a política de concorrência precisam ser aplicadas não apenas reativamente, mas pró-ativamente contra situações anticoncorrenciais – sejam elas emanadas das práticas empresariais, sejam das políticas governamentais. Em suma, uma função de advocacia da concorrência das agências antitruste, é tão importante quanto a função de enforcement da lei”*. BONER (1995) observa que *“Competition policy, long a feature of developed market economies, in recent years has been adapted to numerous reforming economies.(...) it strives to ensure that competition between private parties is not unduly impeded by state or private actions. (...) Competition policy, often referred to as ‘antitrust’ consists of **competition law** and **competition advocacy**”*. Segundo John Clark, *ex-Deputy Assistant Attorney General* na Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA (DoJ), *“Há um importante papel para uma agência de defesa da concorrência em todo país como o de advogado da política de concorrência em todos os aspectos das operações do governo, incluindo especialmente a atividade legislativa e regulação. Membros do governo e reguladores de fora da agência de defesa da concorrência podem não ser especialistas na política de concorrência e não estarem conscientes da sua importância para suas atividades e para os consumidores que são seus constituintes. A agência de defesa da concorrência pode dar uma significativa contribuição à política regulatória nos setores caracterizados por “indústria de rede”, intervindo formal ou informalmente, nas principais decisões do regulador com o propósito de encorajar políticas que fortalecem a concorrência onde ela seja possível”* (tradução livre de trecho do paper *“Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report”*, s/l, s/d, mimeo). Neste trabalho utiliza-se como equivalentes as expressões “lei de defesa da concorrência”, “lei de concorrência” e “lei antitruste”.

⁹ No novo contexto de reorientação do papel do Estado na economia, desregulação e liberalização, o escopo de ação das agências antitruste tem sido tão ampliado que recente publicação da OECD e Banco Mundial (OECD/WORLD BANK, 1998:8) advoga que *“para atingir os maiores objetivos da política de concorrência, as autoridades de concorrência precisam considerar um aumento e alteração de seus papéis na economia”*. No mesmo sentido KHEMANI & DUTZ (ob. cit., p. 29) sugeriram, ainda no tempo do GATT, que as agências de concorrência deveriam promover o uso de painéis binacionais ou supranacionais e consultas. Deveriam também explorar a substituição de medidas *antidumping* por um expandido código de salvaguardas sancionado pelo GATT.

Nos setores regulados, ou *parcialmente regulados*, como é o caso da indústria de energia elétrica é, mais ainda, requerido um ativo papel das autoridades de defesa da concorrência. De fato, KHEMANI & DUTZ (1995:25) concordam que

[P]olíticas pró-competição tais como desregulação, privatização e a remoção de restrições ao investimento estrangeiro, podem também facilitar a entrada e saída de firmas e a mobilidade de recursos. Mas a introdução dessas políticas não absolve as autoridades de concorrência, da necessidade de revisar concentrações empresariais, aquisições, e se reestruturarem para garantir que elas não diminuam a concorrência.

Wise (1999), analisando os princípios fundamentais, as doutrinas básicas e os métodos de *enforcement* da lei de concorrência norte-americana para examinar como ela tem contribuído para a reforma regulatória, observa que essa política é central para a reforma, porque seus princípios e análises provêm um *benchmark* para avaliar a qualidade das regulações social e econômica, tanto quanto motiva a aplicação das leis que protegem a competição. Além disso, como a reforma regulatória estimula mudanças estruturais, a implementação vigorosa da política de concorrência é requerida para evitar abusos dos agentes privados no mercado, que possam reverter os benefícios da reforma.¹⁰

Essa é a lógica, por exemplo, que fundamenta a atuação do CADE ao analisar o impacto de atos de concentração nos setores regulados, como o de distribuição de gás canalizado (Cia. Estadual de Gás do Estado do Rio de Janeiro – CEG, Riogás, Gás Brasileiro, Comgás), transporte ferroviário de carga, telecomunicações, setor elétrico e petróleo e setor financeiro. Não faltam justificativas para uma ação efetiva das autoridades antitruste nessa área. Como observa Rocha ([2001])

... estamos falando de setores revestidos de três características importantes e interligadas: Primeiro, são setores que passam por processo de reforma regulatória em que um dos objetivos é precisamente a introdução de concorrência nos segmentos onde ela seja possível. Segundo, são setores em que convivem segmentos sujeitos à concorrência com outros infensos à ela. Ter-

¹⁰ Também para WISE (ob. cit.), um complemento ao *enforcement* da lei de concorrência é a “advocacia da concorrência” – a promoção de princípios de mercado competitivo em outras políticas e processos regulatórios.

ceiro, são setores nos quais os órgãos reguladores não têm a experiência da aplicação de políticas concorrenciais.

No caso em questão, da eletricidade, o estudo da OCDE já citado observa que as condições oligopolísticas que geralmente prevalecem na geração de eletricidade requerem intenso monitoramento do comportamento competitivo nesse segmento. Além disso, o histórico de “inexistência de mercado” na oferta para os usuários finais sugere um cuidadoso escrutínio de práticas anticoncorrenciais.

O relatório da OCDE ainda observa que, em geral, na fase anterior, dos monopólios estatais integrados na indústria de energia elétrica, as autoridades de concorrência não tinham praticamente nenhum envolvimento com o setor. Por isso, entende-se que é importante que recursos suficientes sejam tempestivamente destinados para a tarefa de acompanhar mais esse setor. Visto que uma compreensão detalhada da operação da indústria é requerida, é aconselhável íntima cooperação das autoridades de concorrência com os reguladores do setor, mesmo que eles estejam em diferentes instituições. Não por acaso, experientes especialistas em reformas regulatórias alertam para a possibilidade da “fraca aplicação das políticas de concorrência” nos setores reestruturados, entre outros riscos do processo como super-regulação, participações cruzadas, falhas de interconexão, reforma parcial etc.¹¹

Segundo Mello ([1999]), no momento da transição “*é fundamental que se discutam os potenciais problemas de concorrência que virão a ser enfrentados no novo ambiente competitivo que vem se conformando*”.¹²

A atribuição de poderes relacionados à defesa da concorrência entre as demais funções da ANEEL, no principal diploma regulatório do setor elétrico¹³ é o reconhecimento do legislador de que a política de defesa da concorrência é um instrumento importante para a nova regulação, centrada na competição e nos incentivos à eficiência. A ampliação do alcance da política de defesa da concorrência aos setores antes inteiramente regulados tem, assim, o

¹¹ São apontadas também possíveis deficiências decorrentes de sobreposição de jurisdição não-resolvida entre agências regulatórias, agência antitruste ou ministérios.

¹² Para Mello (ob. cit.), “*Tais problemas devem ser enfrentados não só pelo conhecimento das prováveis práticas anticompetitivas potenciais no setor – importante para propiciar a adoção de medidas adequadas para preveni-las – mas também pelo estudo mais aprofundado das relações institucionais necessárias para uma eficaz implementação das normas de defesa da concorrência*”.

¹³ Lei 9.427/96, com as modificações feitas pela Lei 9.648/98, art. 3º, incs. VIII e IX, e Parágrafo único.

papel de facilitar a política regulatória e, ao mesmo tempo, propiciar as condições para que a competição se torne cada vez mais a regra no setor.

Para Mello (ob. cit.), a convivência de normas aplicadas por uma agência reguladora e normas gerais de defesa da concorrência carrega um potencial de conflitos “*pela natural diversidade de objetivos visados por uma e outra legislação*” e pelo fato de serem aplicadas por autoridades distintas. Segundo a autora “[A]s situações mais frequentes nos serviços públicos (...) colocam-se num ponto intermediário entre regulação total e ausência de regulação”, ou seja, aquelas situações de *desregulação parcial*, que fazem com que as fronteiras sejam menos nítidas e as áreas de intersecção entre “concorrência” e “regulação”, crescentes, como é o caso de alguns segmentos do setor elétrico no Brasil (Figura 1).

Figura 1 – Fronteiras e Intersecções entre as Políticas de Defesa da Concorrência e Regulação

	Estruturas de Mercado			
Política	Concorrência Perfeita	Competitiva	Não-Competitiva	Monopólio
Concorrência				
Regulação				

não atuam atuam levemente atuam fortemente

Fonte: CADE, Relatório Anual, 1997, Quadro 15 (p. 54), adaptado.

Parece óbvio, pelas disposições legais vigentes, que a promoção das condições de concorrência no setor elétrico deverá efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a Agência setorial – a ANEEL – e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei antitruste – SDE/SEAE/CADE (cf. Mello, ob. cit.; Oliveira, 1997:42; OECD, 1999: 308). Mello (ob. cit.), entretanto, antevê certas dificuldades em razão de que, por um lado, a lei setorial (9.427/96) atribuiu a ANEEL algumas tarefas no sentido do controle repressivo das condutas anticompetitivas e no controle preventivo das estruturas e, por outro lado, tais disposições da legislação setorial não substituíram nem a Lei 8.884/94 (lei antitruste) nem as atribuições legais das autoridades encarregadas de implementá-la.

Wise (ob. cit.), tem uma explicação que ajuda compreender como instituições distintas podem co-implementar a política de concorrência em setores regulados. Para este autor há quatro formas particulares pelas quais a política de concorrência e os problemas regulatórios interagem:

1. a regulação pode **contradizer** a política de concorrência – as regulamentações podem ter encorajado, ou mesmo requerido, conduta ou condições (coordenação de preços, divisão territorial de mercado etc.) que estaria de outra forma em violação da lei de concorrência;
2. a regulação pode **substituir** a política de concorrência – especialmente onde o monopólio tem parecido inevitável, a regulação pode tentar controlar o poder de mercado, diretamente fixando preços e controlando a entrada e o acesso;
3. a regulação pode **reproduzir** a política de concorrência – regras e reguladores podem ter buscado evitar coordenação ou abuso em uma indústria, exatamente como a política antitruste faz;
4. a regulação pode **usar** métodos da política de concorrência – Instrumentos para atingir objetivos regulatórios podem ser desenhados para tirar vantagem dos incentivos de mercado e dinâmica competitiva. Coordenação pode ser necessária, para assegurar que esses instrumentos trabalhem como pretendido no contexto das condições da lei de concorrência.¹⁴

As quatro formas de interação parecem estar presentes no ambiente institucional do setor elétrico brasileiro, e parecem mesmo terem sido deliberadamente erigidas no arcabouço institucional pelo legislador. Assim, essas formas não podem gerar atritos nem conflitos quando adequadamente compreendidas e quando operadas no espírito da complementaridade, cooperação e coordenação. Possas, Fagundes e Pondé (1997) *apud* CADE (1997:53) destacam bem a necessidade de articulação:

... as muitas conexões, de natureza técnica e institucional, entre os diferentes órgãos responsáveis pela regulação da concorrência 'lato sensu' – tanto de defesa da concorrência como de regulação 'ativa' – recomendam não apenas maior integração entre suas atividades, como, principalmente, um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e aprendizado recíproco. De fato, a maior parte das variáveis competitivas, seus desdobramentos para a análise de mercado e as implicações regulatórias relevantes discutidas no texto para o âmbito da regulação "ativa" são inteiramente extensíveis à re-

¹⁴ Os EUA é o país com mais larga tradição na implementação de ambas políticas públicas, antitruste e regulatória. É verdade que o contexto brasileiro guarda algumas diferenças com o norte-americano, onde, como observa Wise (ob. cit.), domina a concepção da política de concorrência como um componente principal de sua “constituição” econômica, e o papel central que essa política joga no desenho da legislação econômica e da regulação, constitui uma base poderosa para as reformas fundamentais.

*gulação que chamamos de “reativa”, de defesa da concorrência, sendo, por isso familiares à análise antitruste, e já contando mesmo com substancial literatura técnica e acadêmica aplicada a diversas das questões mencionadas.*¹⁵

3. O ENFORCEMENT DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL

A ANEEL tem a atribuição de controlar as condições estruturais dos mercados no setor elétrico (art. 3º, inc. VIII, da Lei 9.427 e Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XI e XII).¹⁶ Previu, assim, o sistema jurídico, como já mencionamos, uma complementaridade entre as atribuições da ANEEL e as dos órgãos antitruste na defesa da concorrência no setor.

Entretanto, Mello (ob. cit.), nota que “... para efetivar esse tipo de ação requer-se, da agência reguladora, o uso dos conceitos, parâmetros e técnicas de análise próprios da legislação antitruste – tais como, **posição dominante, mercado relevante, “rule of reason”** – e a discussão aprofundada de como eles podem se aplicar ao setor regulado (negritei).

Para a autora, tais conceitos são básicos a qualquer ação em defesa da concorrência, “*inclusive aquela de caráter preventivo implementada por uma agência reguladora*”, porque:

a) a existência de posição dominante é condição para se saber se um caso é relevante do ponto de vista antitruste, à medida que quem não a detém não é capaz de prejudicar o processo competitivo;

¹⁵ A citação no Relatório Anual do CADE (1997) continua, com os autores afirmando que: “*Os prováveis conflitos de jurisdição que venham a surgir entre as agências reguladoras desses dois tipos devem servir como motivo para reforçar o terreno comum e não para multiplicar os focos de atrito interburocrático. No caso brasileiro, a experiência acumulada pelo CADE – assim como a secular experiência internacional em defesa da concorrência e em política antitruste – ainda que modesta, sugere como medida sensata considerá-la atentamente na montagem e operação dos órgãos reguladores dos setores da infra-estrutura, especialmente no que se refere às normas técnicas de caráter econômico a serem adotadas (análises de mercado e mercado relevantes, etc.) ...* (p. 53/4).

¹⁶ Mello (ob. cit.) observa que com as mudanças introduzidas pela Lei 9.648/98, a aprovação de alterações do controle acionário exercida pela ANEEL passa a ter mais uma finalidade, compatibilizando o controle da capacidade técnica e idoneidade (exigências da Lei 8.987/95) com o controle das condições de concorrência.

b) a delimitação de mercado relevante, por sua vez, é condição logicamente prévia para se analisar a existência de posição dominante, pois é neste espaço que o exercício do poder de mercado (abusivo ou não) tem lugar; é com relação a esse mercado que se efetuam os cálculos de market share e todas as demais análises necessárias à caracterização daquela posição;

c) a lei não pune o poder de mercado em si, mas apenas o seu exercício abusivo, admitindo-se, ademais, que mesmo práticas restritivas possam ter seus efeitos negativos contrabalançados por ganhos de eficiência, razões pelas quais é necessário analisá-las caso a caso, aplicando a *rule of reason* (método de análise que consiste em avaliar efeitos líquidos das práticas anticompetitivas).

A aplicação desses conceitos e técnicas em mercados novos, antes inexistentes em razão do contexto institucional então vigente (o dos monopólios estatais), é deveras difícil. Veja, por exemplo, que a ANEEL, diretamente incumbida, por lei, de zelar pela competição nos mercados nascentes do setor elétrico, não conseguiu assenhorear-se logo do instrumental antitruste há pouco mencionado.

Para não correr o risco de deixar que a concorrência fosse *suprimida* já no começo do processo de privatização, o caminho alternativo tomado pela Agência foi o da Resolução 94/98 (posteriormente substituída pela Resolução 278/2000), estabelecendo *ad cautelam* limites à participação de mercado das empresas nos segmentos de geração, distribuição e comercialização de energia elétrica. Tais restrições consistem, basicamente, em proibir que um mesmo agente detenha a propriedade acima de um certo percentual da capacidade instalada (no caso da geração), ou do mercado, nos casos da distribuição e comercialização e conforme se trate dos mercados nacional ou regionais (Tabela 1).¹⁷ E ressalte-se que a tomada dessa medida mais simples e direta, mas menos eficaz, não foi, pelo menos neste caso, por falta de tentar articular-se com os órgãos de defesa da concorrência (SEAE, SDE e CADE).¹⁸

¹⁷ Conforme Vinhaes *et alii* (ob. cit.), “Esta resolução [Res. 94/98] atua no controle das estruturas de mercado, diferentemente dos Decretos e Leis mencionados anteriormente [Lei 9.427/96 e Decreto nº 2,335/97] que tratam do controle de condutas dos agentes do setor”.

¹⁸ Além desses órgãos a ANEEL promoveu reuniões técnicas, disponibilizou na Internet o resultado das reuniões, articulou-se com um Grupo Consultivo da Concorrência, com o Ministério das Minas e Energia, e com o BNDES.

TABELA 1 - Restrições à Concentração de Mercado de Acordo com a Res. ANEEL 278/2000¹⁹

SEGMENTO	MERCADO		
	NACIONAL	S/SE/CO	N/NE
Geração (capacidade instalada)	20%	25%	35%
Distribuição (energia distribuída)	20%	25%	35%
Comercialização (energia comercializada)	20%	25%	35%

Fonte: Elaboração própria.

E o caráter preventivo *ex ante*, ainda que precário, ressalte-se, dessas duas resoluções da ANEEL, pode ser apreendido pelos próprios limites nelas estabelecidos. Como se pode notar na Tabela 2 as “barreiras” que não podem ser ultrapassadas na aquisição de ativos pelos novos agentes privados de geração, de distribuição ou de comercialização, foram colocadas até acima dos padrões de participação dos antigos e grandes monopólios de geração, como p. ex., CESP (antes da cisão), Furnas, Itaipu e CEMIG, no Sistema Interligado Sul/Sudeste/Centro-Oeste (Tabela 2). O mesmo acontece se olharmos para as maiores empresas de distribuição (Tabela 3).

Tabela 2 - Participação das Principais Empresas de Geração na Capacidade Instalada dos Sistemas Regionais e Nacional

Empresa	UF	Part. Capacidade N/NE	Part. Capacidade S/SE/CO (%)	Part. Capacidade Nacional (%)
CESP (antes da cisão)	SP		23,49	17,11
Furnas	RJ		17,85	13,00
Itaipu	PR		14,23	10,36
Cemig	MG		12,48	9,09
Gerasul	SC		8,20	5,97
Copel	PR		7,45	5,43

Fonte: ANEEL

¹⁹ Notas: A Resolução também limita as participações cruzadas nos segmentos de geração e distribuição: um agente que atue nos dois segmentos não pode ter a soma aritmética de sua participação na capacidade instalada nacional de geração com sua participação no mercado nacional de distribuição superior a 30%

Tabela 3 - Participação das Principais Empresas no Mercado de Distribuição dos Sistemas Regionais e Nacional (Out. 2001/Set. 2002)

EMPRESA	UF	SISTEMA S/SE/CO (%)	SISTEMA N/NE (%)	SISTEMA NACIONAL (%)
Eletronorte		0,00	24,81	5,48
CPFL	SP	14,64	0,00	11,40
CEMIG	MG	14,57	0,00	11,35
Eletropaulo Metropolitana.	SP	14,69	0,00	11,44
COELBA	BA	0,00	16,39	3,62
CHESF	BA	0,00	11,15	2,48
CELPE	PE	0,00	10,82	2,39

Fonte: ANEEL/SEM (www.aneel.gov.br)

Assim, enquanto a Lei 8.884/94 estabelece o limite de 20% do mercado relevante como um critério para que um ato de concentração seja apresentado aos órgãos antitruste, a atual Resolução 278/2000, da ANEEL, estabelece que um agente gerador pode ter no máximo 20% da capacidade instalada nacional. Esses valores são determinativos e limítrofes, não devendo ser ultrapassados. Trata-se, pois, de critérios muito distintos e que podem repercutir de forma absolutamente diferentes na tomada de decisões no controle estrutural dos mercados (a não ser que o mercado relevante de produto fosse “geração de energia elétrica”, o *market share* fosse definido com base na capacidade instalada e os limites geográficos do mercado viessem coincidir com o território nacional), o que, como veremos não é o caso, como indica a literatura especializada e a experiência internacional.

Mello (ob. cit.) analisa comparativamente os critérios da antiga Resolução 94/98 (atual 278/2000) com aqueles do controle antitruste preventivo estabelecido no art. 54 da Lei 8.884/94 e aponta as várias diferenças, conforme a síntese exposta no quadro abaixo:

	Resolução ANEEL 94/98 (atual 278/2000)	Lei 8.884/94, art. 54
Atos abrangidos pelas limitações	Fusões ou aquisições de controle acionários; Formação de grupos e de consórcios	Fusões, aquisições e qualquer outro tipo de ato – contratos, acordos etc. – que possam prejudicar a concorrência ou levar

ções/controles	<ul style="list-style-type: none"> ● concentrações horizontais (nos segmentos de geração e de distribuição); ● concentrações verticais (limites à participação nos dois segmentos – geração e distribuição - no mercado nacional) 	a posição dominante; <ul style="list-style-type: none"> ● atos de natureza horizontal; ● atos de natureza vertical.
Mercados de referência	<ul style="list-style-type: none"> ● mercado nacional de geração; ● mercado nacional de distribuição; ● mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de geração; ● mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de distribuição; ● mercado regional N/NE (sistema interligado) de geração; ● mercado regional N/NE (sistema interligado de distribuição). 	Mercado relevante delimitado geograficamente e por produto, segundo critérios econômicos.
Crítérios para submissão do ato ao controle	20%, 25% ou 30% da capacidade produtiva.	Possibilidade de prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Inclui os atos de concentração: a) de que resulte domínio de 20% (faturamento ou produção) do mercado relevante; b) em que algum participante tenha faturamento de R\$ 400 milhões.
Crítérios de avaliação	Proibição (<i>per se</i>) de deter mais do que os percentuais acima.	Análise caso a caso, com base no princípio da razoabilidade. Sujeito à discussão das eficiências.

Fonte: Mello (1999)

A autora, então chama a atenção para o fato de que se trata de tipos de controles diferentes (embora não necessariamente incompatíveis), com critérios distintos. Observa a autora que algumas dessas diferenças decorrem de que os limites estabelecidos pela Resolução não tomam por base o(s) mercado(s) relevante(s) do setor elétrico. Observa também que o controle previsto pela Resolução (278/2000) “***não substitui aquele estabelecido na lei 8.884 e tampouco este, necessariamente substitui aquele***”, podendo ambos conviver (negrito meu). Na verdade, afirma a autora, “o controle pela ANEEL é um tipo diferente de controle de poder econômico [não de poder de mercado, conceito

próprio do antitruste], *relacionado com o tamanho e a abrangência da área de atuação da empresa, que afetam seu poder de barganha vis à vis a agência reguladora (no sentido de que se uma só empresa detiver muitas concessões, o poder da agência de estabelecer-lhe limites de atuação pode ficar comprometido*".²⁰

Em que pese as justificativas dadas por Mello (ob. cit.) para a existência dos parâmetros da Resolução 278/00, e tendo já decorrido prazo suficiente para uma maior articulação institucional do regulador com os órgãos antitruste, o que se afigura é que esses parâmetros não devem *substituir* a análise caso a caso, da participação das empresas nos mercados relevantes devidamente delimitados. Sem estudos mais detalhados sobre a dimensão dos mercados relevantes, o estabelecimento de tetos percentuais tem como base a antiga idéia já superada pela literatura de organização industrial de que a livre concorrência é dada pelo número ou tamanho dos concorrentes no mercado. Urge, portanto a necessidade de elaboração de um roteiro de análise de atos de concentração, pela agência reguladora, em conjunto com os órgãos de defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carlton, D. W. & Perloff, J. M. *Modern Industrial Organization*. Harper Collins, 2nd Edition, 1994.

KLEMPERER, P. D. & MEYER, M. A. "Supply Function equilibria in oligopoly under uncertainty". *Econometrica* 57(6), 1989, pp. 1243-1277.

Martin, S. *Industrial Economics. Economic Analysis and Public Policy*. Macmillan Publishing Co. New York, 1988.

MELLO, Maria Tereza L. *Defesa da Concorrência no Setor Elétrico*. Versão modificada do trabalho preparado para o Projeto "As Participações Acionárias de Concessionárias do Setor Elétrico e o Controle das Condições de Concorrência". FIPE/ANEEL, Março de 1999. s/l, mimeo.

²⁰ Segundo Mello (ob. cit.) "*Tal controle é importante também à medida que estimula a entrada de um maior número de empresas no setor. A existência de várias e distintas empresas, ainda que atuando em diferentes mercados relevantes geográficos, propicia o uso complementar de uma regulação de desempenho (yardstick competition)*". A autora reconhece, no entanto, que a convivência de dois tipos diferentes de controle - que, se bem é certo não têm exatamente as mesmas finalidades, apresentam vários objetivos comuns - pode provocar os já mencionados riscos de sobreposição de funções e de decisões contraditórias entre as agências.

Organization for Economic Cooperation and Development – OECD/International Energy Agency – IEA. *Competition in Electricity Markets*. Paris, 2001.

Organization for Economic Cooperation and Development – OECD/The World Bank. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998.

POSSAS, M., FAGUNDES, J., e PONDÉ, J. L. “Defesa da Concorrência e Regulação” in *Revista de Direito Econômico* nº 27. Brasília, jan./jul. 1998, pp. 49-72.

ROCHA, Bolívar M. *Balanço da Articulação entre Órgãos de Defesa da Concorrência e as Agências Reguladoras de Infra-Estrutura*. [2001], s/l, mimeo.

Stoft, S. *Power System Economics. Designing Markets for Electricity*. IEEE/Wiley, 2002.

Vinhaes, E. A. S. *et alii*. *O Papel da Regulação e da Defesa da Concorrência no Setor Elétrico Brasileiro*. Mimeo.

Wise, M. *Review of United States Competition Law and Policy*”. *OECD Journal of Competition Law and Policy*. v. 1. nº 1, 1999, pp. 10-70.