

REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO: REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E ARTICULAÇÃO ENTRE A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

FELIPE DE OLIVEIRA KERSTEN¹

RESUMO

A partir da década de noventa o setor elétrico brasileiro passou a sofrer uma complexa reestruturação — de um modelo de prestação exclusivamente estatal à delegação do exercício das atividades a particulares, em regime de concorrência, sob intensa regulação pública setorial. O presente escrito procura, a partir da compreensão acerca da reforma do Estado brasileiro, descrever o modelo de repartição de competências e a forma de articulação adotada entre a ANEEL e o SBDC, em matéria antitruste, no setor elétrico. Como resultado do trabalho realizado, pôde-se concluir, em síntese, que a defesa da concorrência no setor elétrico é disciplinada de maneira pouco sistematizada e carente de uma melhor regulamentação legal, deficiências essas que vêm sendo supridas, em grande parte, por convênios institucionais entre a agência setorial e os órgãos de defesa da concorrência.

ABSTRACT

From the nineties the Brazilian electric sector has suffered a complex restructuring ↓ a model of providing only state delegation to the performance of activities to individuals, under competition, under intense public sector regulation. This written demand from the understanding about the reform of the Brazilian state, describe the type of division of powers and the manner of articulation between ANEEL adopted and SBDC in antitrust matters in the energy sector. As a result of work done, it was concluded, in summary, that the defense of competition in the electricity sector is so little systematic disciplined and lacking better legislation, such deficiencies being supplied in large part by institutional arrangements between the agency and industry bodies for the defense of competition.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação – Antitruste – Setor Elétrico

¹ Juiz de Direito Substituto do Distrito Federal e Territórios, pós-graduado em Direito Público pela Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, possui especialização pela UFPR, onde também exerceu as atividades de pesquisador, na área de Teoria Geral do Direito e Direito Público, em programas vinculados ao Tesouro Nacional, CNPq e ao Núcleo de Pesquisa em Direito Econômico – NUPEDE. felipekersten@uol.com.br

Regulation – Antitrust - Electricity Market

Sumário. Introdução. 2. A reforma do Estado e o setor de energia elétrica. 2.1 O direito energético: breves considerações. 2.2 Energia elétrica: um setor em transição 3. Regulação e defesa da concorrência no setor de energético: modelos institucionais. 3.1 Modelos institucionais no setor energético: a experiência internacional. 3.2 O setor energético brasileiro. 3.3 Descrição do modelo adotado no Brasil para o setor de energia elétrica. 4. Repartição de competências entre o sistema brasileiro de defesa da concorrência e a agência nacional de energia elétrica. 4.1 Competências do sistema brasileiro de defesa da concorrência em matéria antitruste. 4.2 Competências da Aneel em matéria concorrencial. 4.3 O modelo de repartição de competências entre SBDC e Aneel: competências sobrepostas? 5. Articulação entre agência setorial e o sistema brasileiro de defesa da concorrência. 5.1 A fixação de uma premissa jurídica fundamental. 5.2 O modelo de articulação e repartição de competência entre a agência nacional de energia elétrica e a o sistema brasileiro de defesa da concorrência. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O setor de energia elétrica tem sido submetido, no Brasil, máxime a partir do início da década de noventa, a um significativo processo de transformação em suas estruturas: supostamente qualificado como monopólio “natural”, cujas atividades, tradicionalmente, foram prestadas em regime de execução monopolista, público ou privado, esse setor se vê mais aberto ao mercado, sujeitando-se, concomitantemente, às normas de defesa da concorrência, aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE —, em coordenação com os Ministérios da Fazenda e de Justiça da União Federal, e à regulação pública² setorial, exercida por atuação de uma agência reguladora, a Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL.

² Para os fins do presente estudo, toma-se o conceito de regulação pública da economia como “a participação estadual indireta na economia, por meio de condicionamentos, coordenação ou disciplina da atividade econômica privada” (MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Ed. 1997. p. 35.). Vide, também, MAJONE, G. *Regulation and its modes*. In *Regulation Europe*.p. 9-26; STIGLER, G. J. *The theory of economic*

Partindo-se da premissa de que a defesa da concorrência afigura-se como um dos condutores indispensáveis do processo de regulação pública da economia³, faz-se necessário

regulation. Brookings Papers on Microeconomics 1989, p. 1-59; PELTZMAN, S. A Teoria Econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. Paulo Mattos (coord.). CEBRAP. São Paulo. Editora 34. p. 81-124. MATTOS, P. T. L. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Editora Singular. 2006. p. 33-68.

³ A proposição, cada vez mais difundida na literatura brasileira, é de recente formulação em termos históricos. Durante muito tempo, regulação setorial e direito da concorrência eram tidos como fenômenos inconciliáveis. Presente a regulação pública em dado setor econômico, parecia não haver espaço para a inserção de concorrência. Se é certo que, no Brasil, fatores adversos – altos índices inflacionários, economia nacional fechada ao mercado externo, mecanismos de controle de preços etc. – contribuíram para a formação desse pensamento, no caso específico do setor de eletricidade, sua, até então, condição de monopólio natural apontava para a inviabilidade de se conciliar regulação e concorrência. Isso porque, tradicionalmente, consagra-se a situação de monopólio natural como único tipo de estrutura de mercado suscetível de justificar teoricamente a regulação pública, na expectativa de que os ganhos de custos unitários associados à instalação e operação de uma única unidade mais que compensem os custos de ineficiência de sua regulação (POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J.; PONDE, J. L. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. In *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. POSSAS, M. L. [et al.]. São Paulo: Singular. p. 191. 2002). Logo, por geralmente estarem as três principais atividades do setor elétrico (geração, distribuição e transmissão), há poucos anos, integradas em uma só entidade, que as executava em regime monopolista, costumava-se qualificar esse setor como monopólio natural, pois, entre outros fatores, o custo para a execução dessas atividades seria menor se apenas uma operadora as prestasse (destaque-se que os custos nos segmentos de transmissão e distribuição relacionam-se fundamentalmente às instalações de estruturas, tidos como custos fixos), compensando-se, pois, os custos adicionais de regulação do monopólio daí resultante. Uma regulação “pesada” (*heavy regulation*) seria, pois, indispensável, na medida em que, exercido poder de mercado por uma única empresa, esta poderia impor preço monopolista, gerando ineficiência econômica. Entretanto, em vista dos processos de abertura do Estado e reestruturação do setor, alterou-se a estrutura do mercado de eletricidade, atinando-se à possibilidade de execução de algumas de suas atividades de modo não integralizado, em regime de competição. Uma política de concorrência (após alterações constitucionais e a edição das Lei n.º 8.884, em 1994, e n.º 8.987, de 1995) passa a atuar em setores de infra-estrutura antes monopolistas (petróleo, energia elétrica e telecomunicações), impondo-se a superação da dicotomia regulação/concorrência para uma convergência em torno do desenvolvimento de uma regulação voltada ao estímulo à entrada de novos operadores no mercado e ao controle do abuso de posição dominante dos operadores já instalados (cf. MARQUES, M.M.L.; ALMEIDA, J.P.S.; FORTE, A.M. Regulação Setorial e Concorrência. In *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3. n.º 9. jan./mar. 2005. p.188.). Se, por um lado, o exercício da função reguladora técnica e econômica, pelo Estado, permanece indispensável em certos setores de *public utilities*, como o de eletricidade, notadamente sobre seus segmentos ainda monopolísticos, por outro, deve acrescentar-se aos tipos de regulação pública tradicional a função estatal de promover-se e assegurar-se a competitividade entre os *players* de mercado sempre que presentes as condições para inserção desse regime de execução; vale dizer: cabe também ao Estado, nesse cenário, a edição de normas reguladoras setoriais com função pró-concorrencial (cf., sobre as funções das normas reguladoras,

o contínuo esforço para compreender-se a interação entre regulação pública e defesa da concorrência, nesse setor, à luz das peculiaridades que lhe distinguem dos demais setores da economia, em geral, e de infra-estrutura em específico.

Dessa forma, dentre os inúmeros problemas que o tema suscita, foca-se o presente estudo no exame do modelo institucional de repartição de competências e articulação entre o conjunto de entidades responsáveis pela promoção e defesa da concorrência no Brasil — conhecido por Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) — e a agência reguladora setorial de eletricidade. Vale dizer: procura-se delimitar o papel ocupado por cada ente estatal frente à aplicação e ao cumprimento do direito da concorrência no setor elétrico, analisando-se a forma como se relacionam institucionalmente, à luz das normas vigentes e decisões tomadas pelo CADE e pela ANEEL.

O estudo inicia-se com breves noções sobre Direito Energético e sobre o processo de abertura do setor elétrico no seio da reforma do Estado. No capítulo seguinte, são examinados os modelos institucionais implantados para o setor de energia elétrica, a partir da experiência internacional. Por fim, procura-se descrever o sistema de repartição de competência e articulação entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Agência Nacional de Energia Elétrica.

2 A REFORMA DO ESTADO E O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

2.1 O DIREITO ENERGÉTICO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O “mercado”⁴ de energia elétrica é, por essência, qualificado como de competitividade restrita e imperfeita. Isso se deve, em grande medida, às características dos

interessante estudo em: SUSTEIN, CASS. As funções das normas reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1. n.º 3. Jul./set. 2003p. 33-65.).

⁴ No conceito proposto por Daniel Goldberg, o mercado pode ser qualificado “como uma dimensão em que os consumidores, ainda que de forma individual, somam suas preferências para “comunicar” aos produtores qual quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço a

bens que nele são comercializados. Ao contrário da maioria das *commodities*, a energia elétrica é dotada de certas particularidades que impedem a criação de condições de mercado naturalmente adequadas à competição. Dentre elas, podem destacar-se a não-estocabilidade; a homogeneidade; e a não-dirigibilidade.

Energia elétrica é um bem não-estocável, pois, depois de produzido, não pode ser armazenado nas quantidades necessárias de modo econômico: a oferta e a demanda devem ocorrer simultaneamente. Também se caracteriza por ser um bem intrinsecamente homogêneo, isto é, por não ser possível distinguir elétrons, não se pode precisar qual a fonte de geração da energia transportada nas redes de transmissão e distribuição. Por fim, é um bem não-dirigível, na medida em que o fluxo de energia elétrica pelos condutores segue o caminho da menor resistência, segundo a Lei de Ohms. Assim, não é viável traçar-se um caminho pré-definido para a transmissão de energia de um ponto para o outro⁵.

Essas características, ao mesmo tempo em que distinguem a energia elétrica dos demais bens, impõem a necessidade de se definir em quais segmentos existem condições de ser implementada a defesa da concorrência.⁶ Nesse setor, a regulação pública eficiente, responsável, transparente e consensual⁷ é imprescindível à manutenção de um ambiente

sociedade demanda. Por outras palavras, o mercado pode ser concebido com um mecanismo “não-lingüístico” de coordenação.” (GOLDBERG, D. Notas sobre concorrência no sistema bancário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n.º 23. p. 33-34.)

⁵ Vide: R.L. HOCHSTETLER, *A reforma do setor elétrico no Brasil: as perspectivas de competição no segmento de geração*. São Paulo. 1998. p. 27-29. BARROS, C.V.M. *Reestruturação do setor elétrico e concorrência*. São Paulo. 2003, p.13-14.

⁶ Sobre o tema, com foco nos setores de infra-estrutura, cf. NUSDEO. A. M. O. Regulação e o Direito da Concorrência. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 161-162.

⁷ A previsão do consenso como forma de ação estatal adquire cada vez mais importância hodiernamente. Nesse sentido, andou bem o legislador ao prever, dentre as competências da ANEEL, a de “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art. 3º, V, da Lei n.º 9.427/1995). Como bem assevera Diogo de Figueiredo, “é inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representa para a política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribue (*sic*) para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a participação de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais

propício à prestação universal dos serviços públicos e ao aporte de investimentos intensivos em capital⁸, cabendo ao regulador, nos limites de seu poder normativo, editar normas voltadas a evitar condutas anticompetitivas, criar igualdade na condição de acesso às redes de transmissão, formação de preços e qualidade dos serviços. Mais ainda: é fundamental a existência de um modelo institucional que objetive a estabilidade das regras do mercado, a previsibilidade e a segurança jurídica nos procedimentos de tomada de decisão e legitimação do poder⁹.

Deveras, visando a estimular a competição e a tornar mais eficientes as empresas, adotou-se, no Brasil, como regra de observância obrigatória a todos que atuam no setor, a desverticalização¹⁰ das atividades de energia elétrica, divididas em quatro segmentos que se subdividem em dois grandes blocos: no primeiro figuram distribuição e transmissão, caracterizadas como monopólios naturais, fortemente reguladas, exercidas mediante receitas e tarifas definidas pelo Poder Concedente, assegurado o equilíbrio econômico-financeiro aos concessionários; no segundo, os segmentos de geração e comercialização, em que podem atuar como prestadoras de serviço público regulado, observadas as prescrições desse regime, ou se submeter, em alguns casos, à livre negociação, com regras próprias e liberdade para definir seus preços, atuando por conta e risco.¹¹

aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).” (MOREIRA NETO, D.F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. RDA. n.º 231. São Paulo. p. 145).

⁸ Principalmente no segmentos de geração, transmissão e distribuição, que dependem de investimentos intensivos em capital e possuem grande prazo para retorno dos investimentos. Sobre o papel do regulador em setores de *public utilities*, cf. COUTINHO, Luciano. “Regulation and Development: Reflections in the Aftermath of Neoliberalism”. In *Revista Direito GV*, Especial 1, Novembro 2005.

⁹ Como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões. Os procedimentos tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade. LUHMANN, N. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Unb. 1980.

¹⁰ Vide leis n.º 9.074/1995, n.º 9.648/2002 e n.º 10.848/2004 e os decretos que as regulamentaram. Em alguns casos, a legislação impõe não apenas a contabilização das sociedades empresarias em separado, de acordo com a atividade exercida, como também que essas atividades sejam exercidas por pessoas jurídicas diversas.

¹¹ Vide ANEEL 7 anos: principais realizações e desafios/Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2004.

Essa dissepção do setor em quatro segmentos, mais do que representar com fidedignidade todas as atividades que nele podem ser exercidas, deriva do tratamento jurídico dado atualmente, resultante do processo histórico desse setor.¹² Daí a importância de, em poucas palavras, expor a profunda transição iniciada, principalmente a partir da década de noventa, situando-a no quadro geral da reforma do Estado.

2.2 ENERGIA ELÉTRICA: UM SETOR EM TRANSIÇÃO

O “corte” histórico a que se propõe fazer este estudo é pontual: limita-se a breves palavras sobre o processo de abertura do mercado brasileiro ocorrido no final do século XX.

Pode-se consignar que as transformações havidas no setor elétrico brasileiro, desde o início da década de noventa, inserem-se em uma realidade maior: a redução do tamanho do Estado¹³, dito, agora, regulador¹⁴. Por redução do Estado entende-se, *grosso modo*, o

¹² Evita-se, aqui, além de uma abordagem histórica linear, falar-se em qualquer tipo de processo “histórico-evolutivo” do setor, como afirmou David Walteberg (WALTEBERG, D. O Direito da Energia Elétrica e a Aneel. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 353- 375). Há de se desvincular da história, porque passível de críticas, os conceitos de evolução ou progresso. Como consignou Walter Benjamin, “a idéia de um progresso da humanidade na história é inseparável da idéia de sua marcha no interior de um tempo vazio e homogêneo. A crítica da idéia do progresso tem como pressuposto a crítica da idéia dessa marcha.” (BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 1987, p. 229).

¹³ A acepção do vocábulo “Estado”, aqui adotado, é a dada por Hans Kelsen em sua “Teoria geral do Direito e do Estado”: “O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional” (KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prade – 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes. 1992. p. 183.). Para um estudo mais aprofundado dos conceitos de Estado, cf. JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios Urruti. 2º ed. México. *Compañía Editorial Continental S.A.* 1958. p. 5-147 e MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1987. p. 7-38.

¹⁴ Conforme lecionam António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manoel Leitão Marques, o Estado, quando atua no domínio econômico, pode fazê-lo por duas formas: como empresário – produtor e distribuidor de bens ou serviços – ou como regulador – condicionando, fiscalizando, planejando e promovendo as atividades de terceiros. (SANTOS, A. C.; GONÇALVES, M. E.; MARQUES, M.M.L. *Direito Econômico*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1997. p. 70). No mesmo

movimento, da última quadra do século XX, de reorganização do Estado e da sociedade, expressa no sistema constitucional, que, por diferentes razões sociais, econômicas, ideológicas e políticas — e pela constatação de inviabilidade do modelo de bem-estar-social —, revisou o papel da instituição estatal na economia, de produtor e empresário para regulador e coordenador.¹⁵ O Estado, propugna o chamado movimento de “reliberalização”, deve paulatinamente reduzir seu tamanho, planejar seus custos, desonerar o setor produtivo, liberalizar certos setores, assegurar a concorrência e exercer, precipuamente, as funções de orientação, regulação e planejamento das atividades econômicas.

Esse movimento, mais do que representar, quando muito, uma temporária hegemonia da corrente neo-liberal — em cujos setores mais conservadores se fomenta a idéia de atividade estatal como obstáculo ao progresso —, aponta para a gravidade da crise que enfrenta o Estado moderno. A realidade social torna-se cada vez mais complexa, decreta-se a falência dos tradicionais modelos ideológicos, os valores éticos se perdem, a justiça é, por vezes, meramente formal e o Estado, que, sob diversas roupagens, apenas intervém em prol da perpetuação do modo de produção capitalista, vê-se, cada vez mais,

sentido, Marçal Justen Filho: “é possível afirmar que o Estado de Bem-Estar Social evoluiu para transformar-se num Estado Regulador. Os poderes regulatórios externam não apenas uma mera circunstância da existência do Estado como instituição política, mas lhe asseguram natureza própria e inconfundível. O modelo regulatório propõe a extensão ao setor dos serviços públicos de concepções desenvolvidas na atividade econômica privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que atuação da iniciativa privada, orientada à acumulação egoística de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar a sua plena realização. O Estado deve manter sua participação no âmbito da segurança, da educação e da seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais.” (JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 450).

¹⁵ “A partir dos anos 70, do século XX, esse cenário se altera substancialmente, ao influxo de diferentes fatores, nos quais se misturam razões pragmáticas com razões políticas e ideológicas, convergindo todos eles, porém, na direção comum de reduzir o tamanho do Estado. Nessa intenção, ora se diz que seus custos são insuportáveis e que é impossível conviver-se com os déficits orçamentários, ora se afirma, à semelhança do lema celebre de Bauhaus, que “menos é mais” e que “Estado menor é Estado melhor”, devendo ser buscada, a qualquer custo, a realização, na medida do possível, do Estado mínimo, senão na configuração utópica que lhe atribuiu o pensamento neo-liberal extremado, pelo menos em medida que libertasse a sociedade de sua presença tão forte como agente econômico, bem como dos excessos sufocantes e estranguladores da *overlegislation* ou da regulamentação exagerada” (COUTO E SILVA, A. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “à brasileira”. *RDA*. n.º 230. Out./dez. 2002. p.52.).

diante de problemas concretos, tendo de saber lidá-los com os escassos recursos que possui.¹⁶ O problema se agrava quando a análise recai sobre a realidade jurídica brasileira e, em última análise, sobre o modelo de intervenção estatal aqui adotado. Isso porque não há como ocultar suas vicissitudes históricas¹⁷, que ainda hoje o colocam em situação de subdesenvolvimento econômico-social.¹⁸

No setor elétrico, em específico, o processo de redução do tamanho do Estado foi preponderante, pois viabilizou o início de sua reestruturação, com significativas alterações no regime de execução dos seus serviços e no seu arranjo institucional. Deflagrada uma forte crise setorial, a partir do início dos anos oitenta, dentre outras razões, por questões tarifárias, aumento vertiginoso do endividamento setorial, deterioração das condições de geração de recursos e incapacidade de investimentos para a expansão dos sistemas, chega-se ao final dessa década com um quadro de inadimplência e estagnação, com escassos investimentos e baixa qualidade dos serviços prestados. Essa crise setorial, também presente no âmbito internacional, acentuou-se com o início da década de noventa: os valores das tarifas de energia elétrica caíram vertiginosamente, a carga tributária mantinha-se crescente e o endividamento das empresas alcançava patamares insustentáveis.

Surgem algumas alternativas para conter a crise instaurada e começa-se a revisar o papel do Estado e, mais precisamente, da Eletrobrás no setor, cujo modelo estrutural, nessa

¹⁶ A noção de que o debate sobre o grau de intervenção estatal na economia é relativamente superficial, quando comparado à crise enfrentada pelo Estado moderno, começa a emergir dentre economistas e juristas brasileiros (vide, nesse sentido, CARDOSO, F. H. Desenvolvimento: o mais político dos temas econômicos. *Revista de Economia Política*. vol. 15. n.º 4. 1995. p. 152; FRANCO, G.H.B. A inserção externa e o desenvolvimento. In *Revista de Economia Política*. vol. 18. n.º 3. jul./set.. 1998. p.143.; e GRAU, E. G. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull' interpretazione*. Milão. Unicopli. p. 11-53.).

¹⁷ Veja-se a obra de Roberto Schwartz, ao comentar Machado de Assis: “no contexto brasileiro, o favor assegurava às duas partes, em especial à mais fraca, de que nenhuma é escrava. Mesmo o mais miserável dos favorecidos via reconhecida nele, no favor, a sua pessoa livre, o que transformava em prestação e contraprestação, por modestas que fossem, numa cerimônia de superioridade social, valiosa em si mesma. Lastreado pelo infinito de dureza e degradação que esconjurava – ou seja, a escravidão, de que as duas partes beneficiavam e timbram em se diferenciar – este reconhecimento é de uma conivência sem fundo, multiplicada, ainda, pela adoção do vocabulário burguês de igualdade, do mérito, do trabalho, da razão.” (SCHWARTZ, R. *Ao vencedor as batatas*: Editora 34. 2000. p. 20.)

¹⁸ FURTADO, C. A armadilha histórica do subdesenvolvimento. In *Brasil: a construção interrompida*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 1992, p. 37-60.

época, era, quase todo, de monopólios nas mais diversas atividades. Concomitantemente, é promulgada a Lei n.º 8.631, de 4 de março de 1993, que dispôs sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica e extinguiu o regime de remuneração garantida. Com a entrada em vigor dessa lei, dá-se início, aberto o caminho pela Constituição de 1988, ao processo de reestruturação do setor, que, a partir de então, estruturar-se-ia com paulatino afastamento do Estado na prestação dos serviços, maior abertura do setor à iniciativa privada, privatização ou desestatização¹⁹, desverticalização, regime de concessão - em que a concorrência passa a ser regra²⁰ - e a criação de uma agência setorial²¹, responsável pelo papel regulador especializado.

Concluída a primeira fase do processo, iniciou-se uma nova reforma, voltada ao aperfeiçoamento do modelo implantando, destacando-se, nesse contexto, a edição de leis e resoluções de caráter normativo da ANEEL, disciplinando o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia, criação da figura do Produtor Independente de Energia

¹⁹ Alexandre Santos de Aragão procura diferenciar, terminologicamente, os vocábulos desestatização e privatização: “pela desestatização a atividade continua sendo do Estado, que delega o seu exercício a um particular, ao passo que na privatização a atividade deixa de ser de titularidade estatal para passar a ser uma atividade do âmbito da livre iniciativa”. (ARAGÃO, A.S. *Serviços públicos: regulação para a concorrência*. In *Temas de Direito Regulatório*. Sérgio Guerra (coord.). São Paulo: Freitas Bastos Editora. p. 51-52.). A maioria da doutrina, contudo, emprega os termos como sinônimos (cf., por todos, SUNDFELD, C. A. *Introdução às agências reguladoras*. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros e Sociedade de Direito Público. 2000. p. 17-38.) Até 1999, seis anos após o início da reestruturação, em 18 empresas estatais o controle acionário já haviam sido objeto de alienação à iniciativa privada: 2 distribuidoras sob o controle da União – Escelsa e Light Rio-, 13 distribuidoras sob o controle dos Estados – Cerj, Coelba, CEE-CO, CEE-NNE, CPFL, Enersul, Cemat, Energipe, Celpa, Cosern, Coelce, Elektro, Bandeirantes – e 3 geradoras, uma cujo controle era federal – Gerasul – e duas outras cujo controle era estadual – Cachoeira Dourada e Cesp Paranapanema. Além disso, existiam algumas distribuidoras cuja propriedade já era privada, como o Grupo Rede e o Grupo Cataguazes-Leopoldina (hoje Energisa S/A). Dentre os investidores, destacam-se grupos de diversas nacionalidades, tamanhos e estratégias: IVEN S.A.; GTD Participações; AES; Houston; EDF; CSN; Endesa; Enersis; EDP; Iberdrola; Brasilcap; Previ; Grupo Rede Inepar; Uptick Participações; Enron; Edegel; Tractebel; Duke Energy etc. (Para um estudo detalhado, OLIVEIRA, R. G.; TOLMASQUIM, M. T. *A regulação e os grupos controladores das empresas privatizadas do setor elétrico brasileiro*. In *Revista Brasileira de Energia*. v. 7. n.º 2. Jul./dez. 1999. p.103-117.).

²⁰ Art. 16 da Lei n.º 8.987/95: “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica.”

²¹ Lei n.º 9.427/1995.

(PIE) e regularização do Mercado Atacadista Energia (hoje Câmara de Comércio de Energia Elétrica).²²

Destaque-se que esse processo de reforma no Brasil seguiu a tendência internacional de reestruturação do setor, fortemente penalizado desde a década de oitenta em todo o mundo. Na América do Sul, a desestatização do setor elétrico visou a atrair o capital privado e diminuir as responsabilidades estatais, que, na maioria dos países, não era cumprida de forma eficiente.²³ O setor sofreu, na França, os influxos do direito comunitário europeu, com a conseqüente abertura de mercado aos particulares.²⁴ Em outros países, como os Estados Unidos da América, onde os serviços de energia elétrica eram prestados, em sua maior parte, por particulares em sistema de integração vertical, a reforma teve por escopo reduzir a abrangência da atividade estatal reguladora sobre o setor.²⁵

Deveras, nas últimas décadas, assiste-se, nacional e internacionalmente, a uma abertura ao mercado da energia elétrica, configurando, por certo, ainda um setor em transição. No Brasil, o regime de prestação monopolista, dantes regra, passa, hoje, a ser a exceção no sistema. Às sociedades empresárias titulares de rodovias elétricas impõe-se o

²² Em meados de 1996, o Ministério de Minas e Energia e a Eletrobrás contrataram o Consórcio Coopers & Lybrand para realizar um estudo abrangente sobre a reforma do setor elétrico. O objetivo dessa reforma, segundo o exposto no Relatório de conclusão dos trabalhos, “é, sobretudo, permitir ao Governo concentrar-se sobre suas funções de elaboração de políticas energéticas e de regulamentação do setor, propiciando a transferência da responsabilidade sobre operação e investimento ao setor privado.” Com base nesse estudo, foram propostas nove recomendações, dentre elas o modelo comercial competitivo proposto para a compra e venda de energia elétrica em grosso e os mecanismos para o planejamento e desenvolvimento de nova capacidade de geração; ajustes legais e regulamentares atinentes a concessões; e mudanças institucionais visando à organização da ANEEL como órgão regulador independente. (BRASIL. Ministério de Minas e Energia. COOPERS & LYBRAND. Relatório Consolidada Etapa VII – I. Vol. I. 1997.).

²³ RODRIGUES, R. C.; ORTIZ, J. A.; G. L. B. AYONA. *La experiencia internacional en la planeación de la red de transporte de energia eléctrica en ambientes desregulados*. Revista CIER. v. 10. n.º 36. Montevideo. jun./jul. 2001. p.43.

²⁴ BASILIEN-GAINCHE, M.L. *Le service public de l'électricité: entre ouverture du marché et ouverture du capital*. In *Revue Du Droit Public*. n.º6. 2002. p. 1769-1811.

²⁵ Grande repercussão foi dada ao projeto de desregulação do segmento de geração no Estado da Califórnia, a partir de 1996, o qual, por não haver privilegiado uma política regulatória eficaz, seria considerado por muitos um modelo fracassado, responsável pela crise energética enfrentada durante 2000 e 2001. Cf., a respeito, o artigo do integrante da Comissão de Energia da Califórnia, Robert Laurie (LAURIE, R. A. *California: la experiencia de la desregulación: modelo de un fracasso de gestión*. Quito. *Revista Energética*. v. 25. n.º3. jul.set. 2001. p. 20-26.).

compartilhamento e acesso a infra-estruturas entre os concorrentes (*essential facilities doctrine*); com a regulamentação das pequenas centrais elétricas (PCH's) aumenta-se a oferta de energia e a disputa entre produtores independentes; na medida em que se busca a universalização e melhora na qualidade dos serviços, cria-se um ambiente propício ao investimento privado, assegurando-se, contudo, limitações à atuação dos particulares em relação à atividade e mercado territorial em que atuam. Enfim: do regime eminentemente centralizador e monopolista do início da década de oitenta passa-se a um mercado regulado mais aberto à iniciativa privada. Sem querer adentrar, aqui, em um exame acerca das vantagens e desvantagens acerca do modelo pós-reestruturação implantado no Brasil, podem constatar-se alguns avanços quanto à organização institucional adotada para o setor. A profunda crise energética de 2001, contudo, mostrou a vulnerabilidade do modelo, apontando para a necessidade de fortalecimento das instituições setoriais, principalmente a ANEEL, frente à intervenção política do Governo Federal.²⁶

3 REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGÉTICO: MODELOS INSTITUCIONAIS

Em que pese a diversidade dos novos modelos adotados no setor de energia elétrica por diferentes países nas últimas décadas, podem-se constatar dois traços significantes nos processos de reestruturação: a ampliação do número de empresas privadas, a partir do duplo objetivo de introdução da concorrência e atração de investimentos, e a criação de entidades

²⁶ Egon Bockmann Moreira e Leila Cuéllar demonstram os desdobramentos da crise energética de 2001 para o setor: “A reação do Governo brasileiro foi radical: no momento mais decisivo vivido pelo setor energético nas últimas décadas, suprimiu qualquer possibilidade de a autoridade administrativa independente recém-criada exercer suas tarefas de regulação. A atividade mais cara ao setor foi outorgada a um órgão colegiado, chefiado por uma pessoa que priva da confiança pessoal do Presidente da República. Esse órgão tomou atitudes radicais de intervenção ativa na economia, sob as mais diversas roupagens jurídicas.” (MOREIRA, E.B.; CUÉLLAR, L. As agências reguladoras brasileiras e a crise energética. In Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p.230.).

reguladoras, visando a desenvolver outras formas de intervenção econômica do Estado e acompanhar a evolução das estruturas industrial e institucional do setor.²⁷

Desse modo, assentada a premissa de que também no Brasil a reforma do setor elétrico, alterando o paradigma monopolista estatal anterior, visou à inserção do regime de concorrência dentre os diferentes agentes, públicos ou privados, que atuam nos diversos segmentos não caracterizados como monopólios naturais, convém expor o modelo institucional implantado para a promoção da defesa da concorrência nesse setor.

O modelo foi desenhado a partir da coordenação entre quatro entidades estatais: duas autarquias federais — a ANEEL, agência setorial, e o CADE, autoridade da concorrência — e dois órgãos integrantes da União Federal, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE – e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, que fazem parte, respectivamente, do Ministério da Fazenda e do Ministério da Justiça.

Esses entes articulam-se, atualmente, por um sistema de cooperação e integração institucional, que prevê atuação conjunta e compartilhamento de competências, visando à eliminação de eventuais conflitos de atribuições.²⁸ Competências sobrepostas, se não foram bem delimitadas, com a previsão do papel ocupado por cada ente no sistema, podem, por um lado, acarretar em aumento de custos, gerando ineficiência econômica, e, por outro, imprevisibilidade dos procedimentos, normas e decisões impostas aos seus destinatários, contribuindo para uma situação de insegurança jurídica. Daí a relevância que o tema desperta.

3.1 MODELOS INSTITUCIONAIS NO SETOR ENERGÉTICO: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

²⁷ PINTO JÚNIOR, H. Q. Setor elétrico: as lições de outros países. *Eletricidade Moderna*. v. 30. n.º 339, jun. 2002.

²⁸ Após a edição de acordos de cooperação entre a ANEEL e os entes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a relação interinstitucional tornou-se mais transparente, diminuindo-se a existência, na prática, de conflitos de atribuições teoricamente possíveis a partir da análise da legislação federal.

Dadas as características de suas atividades, na indústria de energia elétrica a presença de um regulador é indispensável, não apenas para o exercício de uma função reguladora tradicional (qualidade dos serviços, controle tarifário, fiscalização dos contratos etc.), como também para coibir práticas anticompetitivas que prejudiquem as condições de mercado. Não surpreendentemente, de um modo geral os modelos institucionais criados a partir do processo de reestruturação apontam para uma convergência entre cumprimento da legislação antitruste e exercício de diferentes tipos de regulação — técnica, econômica e concorrencial —, inexistindo razões para supor-se que essa função regulatória será apenas temporária ou, em outras palavras, que a regulação setorial tenderá ao desaparecimento.²⁹ Por esse motivo, há a necessidade de se instituir um conjunto de entes que, de forma articulada e harmônica, desempenhem papéis bem definidos, em que sejam conciliadas, de forma não excludentes, as funções de defesa da concorrência e regulação pública.³⁰

Com efeito, a efetividade do tipo de arranjo institucional fundado na existência de mais de uma autoridade depende do modo em que se procederá o relacionamento entre elas, assim como a repartição de atribuições outorgadas a cada qual. No setor elétrico, em especial, a coordenação e cooperação deve ser mais ampla, envolvendo também relações interinstitucionais com as demais agências dos setores de infra-estrutura, Ministérios e a Chefia de Governo. A adoção de um modelo de integração eficiente entre os diferentes órgãos e entidades estatais é fundamental para garantir-se a celeridade dos procedimentos, redução da burocracia e custos e, conseqüentemente, um melhor exercício da função reguladora pelo Estado.

²⁹ Segundo Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte, esse dado deve ser levado em conta quando da elaboração do desenho institucional a ser implementado em determinado setor, pois, a depender da natureza da regulação, temporária ou perene, que será exercida, o conjunto de competências a ser partilhada, bem como a intensidade e forma podem variar. (MARQUES, M.M.L.; ALMEIDA, J. P. S.; FORTE, A. M. Regulação Setorial e Concorrência. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3. n.º 9. p. 203.).

³⁰ Em relação à instituição de entes para o exercício dessas funções, é preciso lembrar que, no Brasil, como na maioria dos países, o surgimento da autoridade da concorrência precedeu à criação da agência setorial.

Analisando alguns dos países inseridos nesse quadro de reforma institucional, HELDER QUEIROZ PINTO JR.³¹ identificou cinco variações de modelos institucionais para a regulação no setor energético:

- a) o do regulador especializado: agências exercem a regulação de uma única indústria;
- b) o do regulador energético: agências possuem competências sobre diferentes setores de energia;
- c) o do regulador “*multi-services*”: agências possuem competência sobre diferentes setores de infra-estrutura;
- d) o do regulador “*quasi-judicial multi-services*”: agências que combinam competências legislativas, administrativas e judiciais em diferentes setores de infra-estrutura;
- e) o do super-regulador: agência que possui competências reguladoras em diferentes setores de infra-estrutura, bem como exerce as atribuições das autoridades antitruste.

No seio desses arranjos institucionais, variam, de acordo com o país, a estrutura hierárquica e a forma de coordenação entre ministérios, agências reguladoras e autoridades antitruste³².

Na Argentina pode-se visualizar a adoção do primeiro modelo. Nesse país foram criadas diferentes agências especializadas em setores energéticos específicos: o *Ente Nacional de Regulación de Eletricidad* (ENRE) e o *Ente Nacional de Regulación do Gaz* (ENAGAZ). A *Comisión Nacional de la Competencia* (CNDC) e a *Secretaria de la Competencia, Desregulación y la Defensa del Consumidor* são os órgãos encarregados da aplicação da legislação de defesa da concorrência e a coordenação interinstitucional é, ainda, indefinida: existem conflitos entre os órgãos responsáveis pela regulação concorrencial e as agências reguladoras.

³¹ PINTO JR., H.Q. *Institucional Designs and Regulatory Reforms en the Energy Industries. In Coloquio Internacional “Energia, Reformas Institucionales y Desarrollo en America Latina”*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. p. 397.

³² IEA. *Regulatory Institutions in Liberalised Electricity Markets*. OCDE. Paris. 2001.

O Reino Unido, após recente reforma, implementou o segundo modelo, com a fusão entre as agências de eletricidade e gás. A regulação setorial compete a *Office of Gás and Electricity Markets* — OFGEM — e aplicação da lei de concorrência, ao *Office of Fair Trading* (OFT) e a *Competition Commission* (CC). Por esse arranjo, aplica-se ao setor energético as leis de concorrência, por um sistema de sobreposição de competências entre esses órgãos e a OFGEM.

Nos Estados Unidos da América coexistem, no âmbito federal, ao lado do regulador energético, a *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), uma agência multi-serviços, a *Public Utilities Commission*. A promoção e defesa da concorrência, por sua vez, está a cabo do *Federal Trade Commission* (FTC) e do *Antitrust Division* do *Department of Justice* (AD-DOJ). O relacionamento institucional, aqui, prevê a sobreposição de competências entre FERC, FTC e AD-DOJ no nível federal, com visível cooperação e integração entre os entes.³³

A defesa da concorrência aplicada ao setor elétrico na Austrália é procedida pela atuação, em nível federal, da *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC), com sobreposição de competências entre agências reguladoras estaduais multi-serviços. A entidade federal atua, concomitantemente, na regulação do setor de energia elétrica (e outros de infra-estrutura), bem como na aplicação da legislação de concorrência, possuindo, para tanto, corpo altamente especializado, aproximando-se, pois, da figura do super-regulador, tal como descrito no quinto modelo.

Vale destacar, por fim, que em países como Alemanha e Japão não foram criadas agências para o exercício da função reguladora no setor energético. Nesses países, as autoridades antitruste possuem competência para a aplicação da legislação de defesa da concorrência no setor de energia.

³³ Francisco Anuatti Neto expõe que, no controle concorrencial sobre atos de concentração nos Estados Unidos da América, houve ampla discussão entre esses entes para a adoção de um método padronizado que especificam dados necessários para permitir que a FTC determine com rapidez se uma proposta de fusão traz ou não preocupações de aumento de poder de mercado (esse *policy statement* aparece com o Apêndice A do Ato Regulatório do Setor Elétrico de 1996). Cf. ANNUATI NETO, F. Uma avaliação das diretrizes para a análise de atos de concentração no setor elétrico dos Estados Unidos. In *1º Workshop – Defesa da Concorrência no Setor Elétrico*. Brasília: Aneel. 1999. p. 39.

3.2 O SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO

No Brasil, pode-se consignar, levando-se em conta os modelos analisados, que o arranjo institucional na indústria energética está assim delineado: foram criadas duas agências para o setor, sendo a ANEEL um regulador especializado (setor de energia elétrica) e a ANP, um regulador energético (petróleo e gás). Ainda, em alguns Estados, foram instituídos reguladores multi-serviços, a exemplo da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia (AGERBA), agência de caráter multissetorial, criada pela Lei Estadual n.º 7.314/1998, vinculada à Secretaria da Energia do Estado da Bahia. Ao CADE compete a aplicação das normas de promoção e defesa da concorrência, em articulação com os Ministérios da Fazenda (SEAE) e da Justiça (SDE); às agências o exercício da função reguladora, pró-concorrência (sempre que possível), exigindo-se, para o bom funcionamento do sistema, o contínuo relacionamento institucional de cooperação e integração entre todas essas entidades envolvidas.

3.3 DESCRIÇÃO DO MODELO ADOTADO NO BRASIL PARA O SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

Quando a análise da defesa da concorrência recai especificamente sobre o setor energético de eletricidade, destaca-se, na configuração institucional brasileira, a atuação do CADE, ANEEL, SDE e SEAE, sem que se tenha dado, até o momento, um tratamento legislativo claro e específico sobre o papel a ser desempenhado por cada um nessa matéria. Por enquanto, sem embargo da ausência de uma lei regulamentando o tema — há, no Projeto de Lei n.º 3.337/2004, uma proposta de relacionamento entre as agências e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência —, nota-se um movimento em prol da articulação, cooperação e atuação conjunta desses entes no exercício da função de regulação concorrencial setorial. Por essa razão, pode-se caracterizar o atual modelo institucional

brasileiro de defesa e promoção da concorrência no setor elétrico como composto por um regulador especializado e por uma autoridade antitruste, em regime de competências compartilhadas e por meio de atos de cooperação firmados entre si e entre outros órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mediante aplicação da lei de concorrência, observada a regulamentação setorial vigente.

4 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA

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

Os sistemas de repartição de competências entre agência setorial e autoridade da concorrência podem ser classificados de diferentes modos e sob vários critérios. No capítulo anterior foi mencionada uma classificação, desenvolvida a partir da experiência internacional do setor energético. Teoricamente, uma das formas mais bem sucedidas de classificação leva em conta a distinção entre as funções de regulação e aplicação da lei de concorrência (em caráter transversal)³⁴. A esse critério pode somar-se outro: o do momento em que exercida a intervenção, *ex ante* ou *ex post*.

³⁴ Gesner Oliveira classifica os modelos de repartição de competência, seguindo esse critério, em: i) *isenção antitruste*: as agências reguladoras aplicam a legislação de defesa da concorrência, prevalecendo, sempre, a legislação específica sobre eventual comando geral da lei antitruste; ii) *competências concorrentes*: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitrustes, bem como para estabelecer normas de regulação econômica; iii) *competências complementares*: há nítida distinção entre as atribuições das duas autoridades, sendo que a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a legislação antitruste; iv) *regulação antitruste*: a autoridade da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnicas e econômicas; e v) *desregulamentação*: a competência exclusiva recai sobre a autoridade antitruste, eliminando-se, inclusive, as regulações de caráter técnico e econômico (OLIVEIRA, G. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 65-67.).

Deveras, tendo-se em consideração esse critério, estipulam-se diferentes modelos de repartição de competências entre agências reguladoras e autoridade antitruste: inicialmente, existiria a opção em concentrar-se todas as atribuições, reguladoras e de aplicação da lei de concorrência, em alguma dessas agências, seja na setorial (*isenção antitruste*), seja na de defesa da concorrência (*regulação antitruste*); ou em adotar-se um sistema de compartilhamento de competências, de forma sobreposta (*competências concorrentes*) ou não-sobrepostas (*complementares*), obedecido um critério de racionalidade a cada função e da entidade por ela responsável³⁵. Ainda assim, dever-se-ia perquirir sobre a aplicação da norma em cada caso, isto é, se a norma geral de defesa da concorrência seria aplicável também ao setor, ou se haveria para este um regime normativo próprio, prevalecendo sobre o geral. Por fim, admite-se modelos sem a presença de um regulador setorial (*desregulamentação*).

Inúmeros são os fatores que deverão ser levados em consideração quando da adoção de um ou outro modelo. Dificilmente se encontrará um modelo perfeito sob as mais variáveis matizes: pode-se adotar um modelo racionalmente adequado pelas funções a serem exercidas por cada agência, porém faltar, na prática, um aparato técnico para o exercício adequado dessa funções; ou, então, um modelo centralizado e burocraticamente eficiente (“*one stop shop*”), mas propenso à captura pelos agentes regulados.

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

³⁵ MARQUES, M.M.L.; ALMEIDA, J. P. S.; FORTE, A. M. Ob. cit. p. 192-196.

4.1 COMPETÊNCIAS DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM MATÉRIA ANTITRUSTE

No desenho institucional implantado no Brasil, o CADE passou a ser, por excelência, o ente instituído, por lei, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência (em cooperação com a SEAE e a SDE), proferindo decisões, desde que invocado, com efeitos *inter partes*, atendidos os requisitos para a análise de atos ou condutas.³⁶ Vale dizer: não há, no seu rol de competências, previsão para o exercício de típica função reguladora, setorial ou transversal, ao menos nos limites em que aqui empregado o vocábulo “regulação”³⁷. Sua atual feição, de autarquia federal, foi atribuída pela Lei n.º 8.884/1994, que, além de dispor sobre sua competência para aplicação da lei de concorrência, regulou o processo administrativo e execução de suas decisões.

Como principal autoridade da concorrência, cabe ao CADE a promoção para a eliminação de entraves à concorrência (*competition advocacy*) e repressão de condutas anticoncorrenciais (*competition enforcement*). Em última análise, o seu papel institucional está diretamente relacionado à proteção da concorrência, na sua acepção de direito difuso, não abarcando a repressão a práticas de concorrentes individualmente considerados, objeto de tratamento específico no campo do ilícito por concorrência desleal.³⁸

Procurando-se trazer uma visão geral sobre a função de proteção à concorrência exercida pelo SBDC no sistema jurídico brasileiro, pode-se constatar, inicialmente, que ao

³⁶ Artigos 20, 21 e 54, §3º, da Lei n.º 8.884/1994, e súmula n.º 01- CADE.

³⁷ Em sentido contrário, Floriano de Azevedo Marques Neto defende o exercício de função regulatória pelo CADE: “veja-se ainda a atuação de natureza fortemente regulatória manejada pelos órgãos do SBDC por meio de Termos Compromisso de Desempenho (TCD) ou de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) pelos quais se impõem, antecipadamente, comportamentos. Daí porque vejo na atuação dos órgãos de defesa da concorrência nítido traço de regulação, de amplitude geral (pois recai sobre a ordem econômica como um todo) e principalmente transversal (na medida em que perpassa todas as atividades, sujeitas ou não a regulação setorial específica, e a todos os elos da cadeia econômica”. (MARQUES NETO, F. A. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. In Regulação Brasil/Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR – v. 1. n.º1. 2005 – Porto Alegre: ABAR. p. 67.).

³⁸ Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, artigos 195 e seguintes.

CADE foi outorgada, com destaque, a atribuição legal para a aplicação, no âmbito administrativo, do conjunto de normas que versam sobre a concorrência (direito da concorrência). Essas normas, por seu turno, têm por principais destinatários as empresas e demais agentes que atuam na atividade econômica e visam a estabelecer um quadro regulatório adequado para o funcionamento do mercado, atuando preventiva e repressivamente contra ações empreendidas por agentes que procuram influenciar diretamente as estruturas de mercado. Vê-se, assim, que a política de concorrência é uma forma de atuação do Estado para corrigir eventuais “falhas de mercado”, tutelando o processo de concorrência e objetivando, assim, o aumento da eficiência econômica que, em conjunto com outros valores³⁹, contribui para o desenvolvimento do bem-estar social em seu conjunto.

Para o cumprimento desse desiderato, foram atribuídas ao CADE, entre outras, duas competências principais, ambas relacionadas ao controle sobre práticas anticoncorrenciais: a competência para o controle de condutas anticompetitivas e a destinada ao controle de estruturas. Cada uma dessas, quanto ao aspecto temporal, pode ser exercida *ex ante* ou *ex post*, de acordo com o caso concreto. Afigura-se um controle *ex ante* quando a atuação da autoridade efetiva-se anteriormente à prática do ato/conduta objeto do controle; *ex post*, quando essa atuação ocorre posteriormente, já praticado portanto o ato ou conduta.⁴⁰

³⁹ Como, defende Jorge Fagundes, a distribuição de renda: “..as políticas de concorrência, quando confrontadas com possíveis novas alocações econômicas produtoras de eficiências econômicas potenciais às custas de redistribuição socialmente indesejada de renda entre consumidores e produtores, *não podem deixar de levar em consideração um critério distributivo no seu processo de análise e de tomada de decisão, de natureza eminentemente social.* (FAGUNDES, Jorge. Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. Editora Singular, 2003, p.214.)

⁴⁰ É necessário evitar-se a adoção, como sinônimo, em relação às expressões latinas *ex ante* e *ex post*, dos vocábulos preventivo e repressivo (respectivamente). Além de não se comportar a sinonímia no caso, ante a variação semântica dos termos, mesmo um “jogo de linguagem” (em Wittgenstein) aqui seria inapropriado. Não há correlação lógica entre os termos: pode ocorrer, em determinado caso, que um determinado ato de concentração, apresentado à autoridade antitruste quinze dias após a sua celebração (controle *ex post*) não seja aprovado por entender-se que a sua realização poderá, ainda que não ocorra, prejudicar a livre concorrência (controle preventivo em relação às condutas, na medida em que a intervenção se deu para evitar a possibilidade de serem praticadas condutas com potencialidade para a produção de efeitos anticoncorrenciais).

A competência para o controle de condutas está disposta no art. 20 e seguintes da Lei n.º 8.884/1994 e tem por objeto possibilitar ao CADE a prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, arroladas de modo amplo na lei, coibindo os efeitos, ainda que apenas potenciais, que possam ser produzidos por condutas de agentes que, detendo posição dominante⁴¹, afrontem a concorrência em determinado mercado relevante.⁴² O art. 21 da lei descreve, em rol exemplificativo, condutas anticompetitivas que podem causar os efeitos deletérios que se pretende evitar. Nele estão descritos vários comportamentos restritivos de concorrência, como hipóteses de concentrações vertical e horizontal⁴³, cuja prática por um agente, destaque-se, não causa, *per se*, a cominação das sanções previstas na lei — deve-se analisar, no caso concreto, se o comportamento que se quis proibir é suficiente para a produção dos efeitos não desejados à ordem econômica (art. 20).

A competência para o controle de estruturas, por sua vez, está disposta no art. 54 e seguintes da Lei n.º 8.884/1994 e reflete a influência das escolas de tradição neoclássica sobre a concorrência no processo de elaboração da lei brasileira. A idéia que jaz a estrutura da defesa da concorrência no Brasil ancora-se no paradigma “Estrutura – Conduta –

⁴¹ Para Paula Forgioni, para a caracterização do poder de mercado, basta a influência, o poder do agente em determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado. (FORGIONI, P. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 315).

⁴² Esclarece Ana Maria Nusdeo que a finalidade da conceituação de mercado relevante “é a definição do espaço geográfico e material no qual a concorrência se estabelece. Incluem-se dentro de um único mercado relevante as empresas cuja produção tenha por efeito imediato e substancial no comportamento – sobretudo no tocante a preços e produção – das empresas do mesmo mercado. Devem ser incluídos no mesmo mercado todos os agentes cujos produtos sejam considerados pelos consumidores ou clientes como substitutos, de modo que a variação no preço de um desses produtos, dentro de uma área, cause efeitos nas vendas dos produtos de outras empresas consideradas participantes do mercado relevante em questão”. (NUSDEO, A. M. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros. 2002.p. 28.)

⁴³ Calixto Salomão Filho distingue três formas possíveis de concentração econômica: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados. A primeira poderia ser caracterizada, *grosso modo*, como aquela que se processa entre concorrentes. A segunda, como aquela que se processa entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviços. Por fim, a formação de conglomerados seria uma categoria residual, que engloba concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam qualquer relação entre si. (SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 266-267).

Desempenho”, conhecido pela sigla EDP, segundo o qual a estrutura de mercado (isto é, a participação no mercado, condições de entrada etc.) determina o comportamento das empresas (preço a ser praticado, investimentos, publicidade etc.) e, este, por seu turno, o seu desempenho, refletindo em variáveis como a relação entre o preço e o custo marginal, capacidade de distribuição etc. O controle sobre estruturas representa, para essa corrente, o primeiro estágio em prol da proteção à concorrência, sob a idéia de que, em se controlando a prática de atos e contratos (v.g. fusões e/ou aquisições com efeitos presumivelmente anticoncorrenciais), previne-se, de certo modo, a existência de uma condição de mercado ao agente que possa induzi-lo à prática de infrações à ordem econômica (segunda fase descrita no paradigma).

Deveras, compete ao CADE, no exercício dessa competência, aferir, caso a caso, os atos e contratos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, podendo, ao final da análise dos aspectos econômicos e jurídicos relevantes, tomar uma decisão, pelo plenário, para aprová-los, com ou sem ressalvas, ou rejeitá-los em sua integralidade ou, ainda, firmar compromisso de desempenho (art. 58, *caput*, da Lei n.º 8.884/94). Segundo o disposto no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, os atos, sob quaisquer formas manifestados, que impliquem participação da empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado um faturamento bruto anual, no último balanço, no valor definido pela lei⁴⁴, devem obrigatoriamente sujeitar-se ao controle do SBDC. A existência desses dois requisitos é condição, frise, para efetivar-se o controle, e não para desaprovar o ato. Busca-se uma atuação preventiva da autoridade da concorrência com o escopo de coibir atos cujos efeitos possam causar danos à concorrência ou dominação de mercado relevante. A análise sobre esses efeitos será conduzida mediante a aplicação de

⁴⁴ O valor de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) deve levar em consideração a posição do CADE revista em 2005, a originar a edição da súmula n.º 01-CADE: “na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/1994, é relevante o faturamento anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participante do ato de concentração.”

diversos critérios de eficiência ou ineficiência, admitindo-se a aprovação do ato se presentes condições previstas na lei (art. 54, §1º).

Curvando-se a análise dessas variáveis de controle administrativo ao momento de sua aplicação, há necessidade de separá-las para melhor compreendê-las. A variável de controle de estruturas pode ser exercida *ex ante* ou *ex post*. O art. 54 da Lei n.º 8.884/1994, com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.021/1995, é expresso nesse sentido⁴⁵. Prepondera, contudo, na quase totalidade dos casos, o controle *ex post*, vale dizer, a apresentação do ato ou contrato após a sua realização. Já a variável de controle de condutas, ainda que se admita um controle preventivo ou repressivo⁴⁶, será sempre exercida *ex post*, isto é, apenas se admitirá a abertura de inquérito administrativo — com a averiguação da infração à ordem econômica e conseqüente julgamento do administrado — quando presentes indícios suficientes de que possa ter havido fato(s) que se qualifique(m) ou possa(m) qualificar-se como infração à ordem econômica. O CADE intervém, portanto, diante de um fato passado ou presente, que se sabe poder existir e se pretende por isso controlar, seja para prevenir a não-consumação de um efeito lesivo à concorrência, seja para reprimi-lo se consumado o ilícito. A mera probabilidade de que, por certas conjecturas, no futuro, agentes possam praticar infrações à ordem econômica, inexistindo, por parte desses, tentativa ou mesmo intenção em fazê-lo — *v.g.*, a formação de um sindicato de empresários no ramo de mineração comprometido com a defesa da concorrência — impede a instauração de processo administrativo por total ausência de objeto: apurar-se fato em que nem mesmo estão presentes indícios da prática de conduta ilícita ou potencialmente ilícita.

O CADE, no exercício desses controles, atua em conjunto com a SEAE e com a SDE: esta, nos termos do arts. 14, 30 e seguintes da Lei n.º 8.884/94, tem como principais atribuições, em processos de matéria antitruste, instaurar o processo administrativo para apuração e repressão de infração à ordem econômica, conduzir a instrução, proceder

⁴⁵ “Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae.

⁴⁶ Ilação que pode ser aferida do enunciado legal (art. 20 da lei): “..os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados..”

averiguações preliminares, investigar a prática de infrações à ordem econômica e emitir parecer sobre atos de concentração. A SEAE pronuncia-se sobre aspectos de natureza econômica, a partir de estudos desenvolvidos por corpo técnico especializado, elaborando pareceres opinativos tanto em processos para análise de atos de concentração, instaurados, de um modo geral, perante o CADE, quanto em processos relativos a condutas anticoncorrenciais, instaurados pela SDE.

As competências atribuídas ao SBDC, por obvio, não se limitam às acima explicitadas, mas, como a análise deste estudo cinge-se a sua relação institucional com a ANEEL, em matéria de defesa da concorrência, a compreensão dessas duas variáveis de controle adquire maior relevância.

4.2 COMPETÊNCIAS DA ANEEL EM MATÉRIA CONCORRENCIAL

A ANEEL, dispõe a lei que a instituiu, é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Em outras palavras, é a agência reguladora⁴⁷ criada, no Brasil, para o fim específico de regular o setor de eletricidade. Nesse contexto, é possível distinguir, dentre as competências que lhe foram atribuídas, três principais funções exercidas por essa agência: a de regulação técnica, regulação econômica e regulação concorrencial.⁴⁸

A ANEEL exerce regulação técnica quando estabelece normas, padrões e metas de natureza técnica aos agentes que atuam em seu setor, como, por exemplo, ao aprovar metodologias e procedimentos para otimização da operação dos sistemas interligados e

⁴⁷ No conceito de Leila Cuéllar, agências reguladoras são “autarquias sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, cuja função primordial é a regulação da atividade econômica, principalmente através da normatização, fiscalização e controle das atividades desenvolvidas pelos particulares.”(CUÉLLAR, L. Poder normativo das agências reguladoras. In *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 591-592).

⁴⁸ Suas competências foram dispostas no artigo 3º da Lei n.º 9.427/1996 e nos artigos 3º e 4º do ANEXO I do Decreto n.º 2.335/1997.

isolados, para acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e para comercialização de energia elétrica (art. 4º, VII, do Anexo I do decreto 2.335/1997).

A regulação econômica, por seu turno, é exercida pela ANEEL ao estabelecer instrumentos que visem a assegurar o retorno do capital investido, expansão de redes, controle de preços e fixação de tarifas e outras variáveis de ordem econômica. Como exemplo, pode-se mencionar a competência de definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (art. 3º, XVIII, da Lei n.º 9.427/1996, incluído pela Lei n.º 10.848/2004).

Em razão das diversas matérias de ordem econômica que podem ser objeto desse tipo de regulação, faz-se necessária uma breve digressão: é possível que, em cumprimento a essa função, a agência imponha uma medida que cause impactos, ainda que reflexos, nas condições de determinado mercado de eletricidade, prejudicando o processo concorrencial. Assim, ilustrando, poderíamos supor a seguinte situação de fato: ao exercer a competência para fixar critérios para cálculo do preço de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição e arbitrar seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos, a ANEEL pode atribuir um mesmo critério para duas empresas em situações desiguais, gerando efeitos anticoncorrenciais.⁴⁹ Falar-se-á, assim, em regulação econômica com variáveis concorrenciais. Por outro lado, na hipótese de a regulação não repercutir na esfera da competitividade do setor, *v.g.*, quando a ANEEL homologa as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios realizados, diz-se haver regulação econômica de variável não-concorrencial.

Vale destacar que, nas situações acima descritas, estar-se-á diante de legítima regulação econômica, não havendo de se falar em regulação concorrencial propriamente dita.

⁴⁹ Imagine-se o compartilhamento de estrutura no setor de transmissão, em que as rodovias elétricas pertencem a dada empresa A e são atribuídos iguais critérios para o cálculo de preços para o seu uso entre as empresas B e C, aquela concorrente e esta controlada pela A. Tendo em consideração que os custos de C tendem a ser menores que de B, eventual fixação de preço de forma isonômica, nesse caso, geraria efeitos anticoncorrenciais.

Essa última será exercida sempre que for deferida à agência competência para a promoção ou defesa da concorrência. A diferença, portanto, entre esses dois tipos de regulação, é que na econômica com variável concorrencial a atuação da agência implica efeitos mediatos e indiretos no processo concorrencial, ao passo que na regulação para a concorrência os efeitos produzidos são imediatos e diretos.

Nesse contexto, à ANEEL, até a edição da MP 1.531 (convertida na Lei n.º 9.648/1998), não eram atribuídas competências regulatórias com função pró-competitividade. Embora já existissem previsões no decreto que regulamentou sua estrutura, a Lei n.º 9.427/1995 nada previu inicialmente. Incorporadas as novas competências, devem destacar-se, como de natureza concorrencial, as previsões contidas no art. 3º, incisos VIII, IX, XIII, parágrafo único, bem como os artigos 3º, II e III, e 4º, II, XI e XII do Anexo I do Decreto n.º 2.335/1997.

A partir do exame desses dispositivos, convém delimitar, em uma primeira análise, tal como procedido em relação ao SBDC, as atribuições da ANEEL em matéria anticoncorrencial, procurando identificar, após, o modelo de repartição de competências — entre SBDC e ANEEL— implementado no Brasil.

A competência da ANEEL em controle de condutas, por meio de uma atuação *ex ante*, vem disposta no art.3º, VIII da Lei n.º 9.427/1996 c/c art. 4º e art. 12, IV do Anexo I do Decreto n.º 2.335/1997 e está ligada fundamentalmente à edição de atos normativos e fiscalização do setor, com fins a propiciar a concorrência efetiva entre os agentes, impedir a concentração econômica dos serviços e atividades de energia elétrica, incentivar a competição, supervisionar e manter as condições de mercado adequadas para a concorrência. Esse controle de condutas pode efetivar-se também *ex post*, no exercício do poder fiscalizatório atribuído à agência, na gestão de contratos e solução de divergências entre particulares (art. 3, V e IX da Lei n.º 9.427/1995 c/c art. 4º, XIV, XV e XXXII do Anexo I do Decreto n.º 2.335/1997).

A competência da ANEEL em controle de estruturas, por seu turno, será exercida, no exercício de sua função reguladora, *ex ante* ou *ex post*, segundo o disposto no art.27 da Lei n.º 8.987/1995, art. 3º, VIII e XIII da Lei n.º 9.427/1995, art. 4º, XI e XI do Anexo I do

Decreto n.º 2.335/1998 — Art. 3º. “VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si” — e Resoluções n.º 94/1998 e n.º 278/2000, editadas para o fim de estabelecer limites e condições para participação dos agentes econômicos nas atividades do setor de energia elétrica.

4.3 O MODELO DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE SBDC E ANEEL: COMPETÊNCIAS SOBREPOSTAS?

Vê-se, assim, pelo quadro até então esboçado, que coexistem competências, *ex ante* e *ex post*, tanto ao SBDC quanto à ANEEL, para a proteção da concorrência no setor, aí incluídas as variáveis de controle sobre condutas anticompetitivas e estruturas (atos de concentração e/ou outros atos ou contratos que possam causar danos à concorrência). Deve-se destacar, entretanto, que ao CADE é outorgada, por excelência, a competência para a aplicação do direito antitruste e à agência, a competência para a regulação setorial – aí incluída a regulação concorrencial. Vislumbram-se, contudo, nos feixes de atribuições que lhes foram conferidos, possíveis intersecções. Assim, provisoriamente, poder-se-ia consignar que o modelo de repartição de competências implementado no Brasil é de competências compartilhadas e sobrepostas entre agência setorial e autoridade antitruste em relação à defesa da concorrência no setor elétrico.

Toda sobreposição de competências entre diferentes entidades, no entanto, tende a gerar conflitos, positivos ou negativos, de competência.⁵⁰ Essa situação, como já enfatizado, contribui para ineficiência econômica e insegurança jurídica. Uma análise detida sobre o arcabouço legal que fundamenta a atuação da agência setorial de eletricidade e da autoridade

⁵⁰ Cf. ROCHA, B. M. Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação. In *Revista de Direito Mercantil*. n.º 112. p.85.

antitruste, ainda que se sustente tratar de controles diversos para uma mesma finalidade, aponta para possibilidade de haver conflitos de atribuições.⁵¹

E as leis que versam sobre o tema não previram ou regularam os possíveis conflitos que podem surgir. Em verdade, ao contrário do regime instituído às telecomunicações⁵², não houve um tratamento legal claro de repartição de competências para o setor elétrico em matéria de proteção à concorrência. A Lei n.º 9.427/1995, com a alteração que lhe foi dada pela Lei n.º 9.648/1998, limitou-se a afirmar que a ANEEL, no exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Ou seja: a própria lei parece ter admitido que o sistema de repartição de competências (até então compartilhadas e sobrepostas) deve ser melhor definido quando da articulação entre a agência reguladora e os entes do SBDC, mediante acordos institucionais. Desse modo, repartição de competências e articulação interinstitucional se consubstanciariam num só ato, de forma a ordenar os diversos feixes de atribuições outorgados por diferentes diplomas legais a entidades diversas.

5 ARTICULAÇÃO ENTRE AGÊNCIA SETORIAL E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

5.1 A FIXAÇÃO DE UMA PREMISSA JURÍDICA FUNDAMENTAL

⁵¹ Em interessante estudo, Maria Tereza Leopardi Mello sustentou que os controles exercidos pelo CADE, com fundamento no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/1994, poderiam coexistir com um controle da mesma natureza exercido pela ANEEL, com base nas Resolução n.º 94/1998 (modificada pela Res. n.º 278/2000), por tratar-se de controles diversos, que buscam a mesma finalidade – a defesa da concorrência. Para a professora de Economia da UNICAMP, não haveria conflito nesse caso, em razão de terem sido previstas medidas distintas de poder de mercado e mercado relevante; o controle pelo CADE seria mais amplo e os índices para indicação de posição dominante seriam diversos: no controle do CADE, aplicar-se-ia o princípio da razoabilidade (“rule of reason”) e no controle da ANEEL, o princípio da proibição *per se* – posição está que está sendo revista no seio da ANEEL, como se demonstra a decisão proferida no processo administrativo n.º 48500.00082/2006-65. De qualquer modo, aponta a autora para a possibilidade de conflitos quando, por exemplo, o CADE proíbe um ato de concentração e a ANEEL, o obriga (ou vice-versa) (MELLO, M.T.L. Defesa da concorrência no setor elétrico. In 1º Workshop – Defesa da Concorrência no Setor Elétrico. ANEEL. 1999. p. 29.).

⁵² Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997.

Se, da análise do arcabouço normativo, pode extrair-se que a repartição de competência entre ANEEL e SBDC deverá ser definida, observadas as atribuições dispostas nas leis, por meio de acordos interinstitucionais, convém descrever o modelo desenhado, em conjunto, por todos os entes envolvidos, a partir da análise dos acordos de cooperação assinados, desde 1998, entre eles.

Antes, porém, é preciso alertar para a existência de uma premissa jurídica fundamental, que parece haver orientado todo o modelo de articulação (e repartição de competências) institucional implantado e até hoje vigente.

O art. 3º, IX, da Lei n.º 9.247/1995, dispõe competir à ANEEL “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica”. Essa norma, espécie de “cláusula geral” à atuação reguladora pró-concorrência, deixa claro que a ANEEL, ao exercer suas funções, deverá pautar-se pelo *cumprimento da lei antitruste* (Lei n.º 8.884/1994), inclusive quanto aos critérios nela estabelecidos — atendidas as especificidades do setor regulado.⁵³

Vale dizer: não dispôs a lei instituidora da ANEEL, para o exercício da regulação concorrencial: i) competir a ela, agência, a *aplicação da lei de concorrência no setor* em substituição ao SBDC, e sim *zelar pelo seu cumprimento*; ii) dever ser aplicada uma lei antitruste específica para o setor de energia elétrica.

O CADE, segundo entendimento que prevaleceu no âmbito das entidades envolvidas, é a entidade competente, no modelo institucional adotado no Brasil, para promover a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica em todos os setores da economia, inclusive no de eletricidade.⁵⁴ Dessa forma, pode-se inferir que a

⁵³ Cf., sobre o tema, CALLIARI, M; CIANFARANI, J. A defesa da concorrência no Setor Elétrico. In *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2006.

⁵⁴ “Primeiramente, deve ser destacado que a prévia habilitação e aprovação pela ANEEL da participação da Requerente no leilão público que ensejou a operação em exame não retira do CADE a sua atribuição para analisar a questão, exercendo sua competência para promover a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica em todos os setores da economia, inclusive os

ANEEL, de um modo geral, também se submete aos parâmetros legais a que se utiliza o SBDC ao aplicar o direito antitruste. Sua atuação regulatória, em prol da defesa da concorrência, é fundamental quanto à fiscalização das condições competitivas de mercado, elaboração de normas regulamentares que preservem e promovam a concorrência e cumprimento da legislação antitruste; porém é acessória quanto ao exercício das funções de controle, de estruturas e condutas, exercido pelo SBDC, nos termos da Lei n.º 8.884/94.⁵⁵

A fixação dessa premissa, (re)alocando o papel da ANEEL no sistema, possibilitou, ao proceder-se à articulação das instituições, partilhar competências de forma a diminuir o surgimento de conflitos, positivos ou negativos, prevalecendo-se, em regra, a competência do CADE para o julgamento de condutas e estruturas na defesa da concorrência.

No entanto, o processo de anuência prévia, instituído em cumprimento ao art. 27 da Lei n.º 8.987/1995, que importa em análise de atos de concentração e transferência de concessão, continua sob a competência privativa da ANEEL, mas não excluiu ou de qualquer modo afasta a competência do CADE para decidir sobre o ato de concentração correspondente, em face do disposto no art. 54 da Lei n.º 8.884/1994.⁵⁶ O processo de anuência prévia, por se tratar de atribuição privativa da agência, não observa o modelo de repartição e articulação estabelecido em termos de compromisso. Decisões contraditórias, portanto, podem, em tese, existir.⁵⁷

regulados” (Voto proferido nos autos de Pedido de Reconsideração n.º 10/01, de 22 de janeiro de 2002).

⁵⁵ “Ademais não resta dúvida que os dois Órgãos possuem atribuições distintas e harmônicas entre si, cabendo à ANEEL o papel meramente fiscalizador quanto à defesa da concorrência no setor de energia elétrica, conforme prevê o inciso IX do art. 3º da Lei n.º 9.427/1996, enquanto ao CADE, Órgão especialíssimo, compete a função precípua de proteção do mercado em todos os setores da economia.” (Excerto extraído de decisão proferida pelo CADE nos autos de Pedido de Reconsideração n.º 01/01, de 08 de janeiro de 2002).

⁵⁶ Cf., nesse sentido, voto-vista proferido pela Diretora da ANEEL, Joísa Campanher Dutra Saraiva, nos autos de anuência prévia n.º 48500.00082/2006-65.

⁵⁷ Sobre os conflitos de competência entre ANEEL e CADE, vide MELLO, M.T.L.ob. cit. p. 28-29.

5.2 O MODELO DE ARTICULAÇÃO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA ENTRE A AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA E A O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os entes que compõem a SBDC — CADE, SEAE e SDE — firmaram, com a ANEEL, três termos de compromisso de cooperação institucional, assim identificados:

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

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

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

administrativo, emitindo, ao final, relatório conclusivo ao CADE. A este, por sua vez, cabe, nos termos da Lei n.º 8.884/94, o julgamento dos processos instaurados.

A articulação interinstitucional, consoante os termos de compromissos em vigor, pode ser assim descrita:

- a) a SDE, tendo conhecimento de fato referente ao setor elétrico, ou recebendo representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, informará à ANEEL, que se manifestará, previamente, no prazo de 15 (quinze) dias, visando ao compartilhamento das informações técnicas relativas ao mercado sob investigação, independentemente da realização de diligências que a SDE julgar necessárias e da promoção de averiguações preliminares, de acordo com o preceituado no art. 30 da Lei n.º 8.884/1994;
- b) a ANEEL, quando verificar indícios de práticas restritivas à livre concorrência, oficiará à SDE dando conhecimento dos fatos, manifestando-se previamente sobre sua área de competência para fins do art. 30 e seguintes da Lei n.º 8.884/1994;
- c) instaurado o processo administrativo para a apuração da existência de infração à ordem econômica, a SDE, após recebida defesa prévia do representado, enviará cópia do processo à ANEEL, para manifestação no prazo de trinta dias;
- d) concluídas todas as fases processuais previstas na Lei n.º 8.884 de 1994, a SDE emitirá o seu relatório final com as conclusões das diligências realizadas e enviará o processo administrativo ao CADE, nos moldes do art. 39 da Lei n.º 8.884/1994;
- e) o processo administrativo, recebido no CADE, segue os trâmites previstos nos arts. 42 e seguintes da Lei n.º 8.884/1994, devendo, em caso de solicitação do Conselheiro-Relator do CADE, a ANEEL indicar representante para acompanhamento do processo junto ao Conselho-Relator, fornecendo informações técnicas e demais esclarecimentos que o auxiliem na análise do processo.

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

No concerne à análise de estruturas, a competência da ANEEL também é opinativa, com emissão de parecer técnico, tal como nos processos para prevenção ou repressão de infrações à ordem econômica. Aqui, contudo, o exercício dessa função pela ANEEL não exclui a competência da SEAE, que deverá outrossim emitir parecer técnico, nem é prevista, formalmente, a possibilidade de indicação de um representante da ANEEL para acompanhamento dos processos do CADE. A SDE mantém competência para a instrução dos processos e o CADE, o respectivo julgamento. Em contrapartida, admite-se, por iniciativa da ANEEL, seja solicitada formalmente uma reunião com os integrantes do SBDC para discutir questões relevantes ao julgamento do processo.

Este, em síntese, o processo de articulação interinstitucional⁵⁸:

- a) os atos a serem submetidos ao controle deverão ser apresentados acompanhados da documentação própria em quatro vias na SDE, previamente, ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. Após receber a notificação e a documentação em referencia, a SDE destinará uma via à SEAE, outra ao CADE e outra à ANEEL;
- b) a ANEEL, caso entenda necessário, poderá solicitar formalmente reunião conjunta visando a discutir com a SDE, a SEAE e o CADE, as questões pertinentes à operação a ser analisada, devendo a ANEEL emitir parecer técnico no prazo que não excederá 30 dias do conhecimento da operação;
- c) a SDE, após receber parecer da SEAE e da ANEEL, emitirá seu parecer, encaminhando os autos ao CADE, em conformidade ao §6º do art. 54 da Lei n.º 8.884/1994;

⁵⁸ Entre os mais recentes, vide Ato de Concentração n.º 08012.000089/2006-81 e Ato de Concentração n.º08012.008477/2006-18 – CADE.

- d) a SDE elaborará seu parecer técnico aprofundando-se nas questões de sua competência que entender relevantes e necessárias para o melhor entendimento do CADE;
- e) ao CADE cabe a apreciação julgamento do ato submetido a controle, nos termos do art. 54 e seguintes da Lei n.º 8.884/1994.

Vale destacar que o CADE firmou precedente, em processos para análise de atos de concentração no setor elétrico, no sentido de que o parecer a ser emitido pela ANEEL não é imprescindível ao julgamento do processo⁵⁹, o que reforça, ainda mais, a posição secundária dessa agência reguladora setorial no modelo institucional adotado para a proteção à concorrência no setor elétrico.

6 CONCLUSÃO

Procurei, neste breve artigo, expor o modelo de repartição de competências, em matéria de direito concorrencial, entre autoridade antitruste e ente regulador do setor de energia elétrica brasileiro, destacando que o arranjo institucional de promoção e defesa da concorrência encontra-se ainda em consolidação. A articulação (e partilha de competências) recebeu, até o momento, um tratamento infralegal, mediante a celebração de termos de cooperação interinstitucional, sucessivamente prorrogados, que prevêem uma interação permanente e atuação conjunta entre agência reguladora e autoridade da concorrência em análises antitruste, destacando-se a competência do CADE para a decisão dos processos, com a participação da ANEEL no seu acompanhamento e emissão de pareceres técnicos. Se, por um lado, o modelo pode suscitar críticas, ante a ausência de maior autonomia à ANEEL para a defesa da concorrência (art. 3º, parágrafo único da Lei n.º 9.427/1995), por outro, assegura a previsibilidade no processo decisórios no âmbito do SBDC e do setor regulado, contribuindo para maior eficiência da defesa da concorrência e da regulação pública setorial no Brasil.

⁵⁹ Ato de concentração n.º 08012.010874/1999-05.

REFERÊNCIAS

ANEEL 7 anos: principais realizações e desafios/Agência Nacional de Energia Elétrica. Brasília: ANEEL, 2004.

ANNUATI NETO, F. Uma avaliação das diretrizes para a análise de atos de concentração no setor elétrico dos Estados Unidos. In *1º Workshop – Defesa da Concorrência no Setor Elétrico*. Brasília: Aneel. p. 39-50. 1999.

ARAGÃO, A.S. Serviços públicos: regulação para a concorrência. In *Temas de Direito Regulatório*. Sérgio Guerra (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2004.

BARROS, C.V.M. *Reestruturação do setor elétrico e concorrência*. São Paulo. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo.

BASILIEN-GAINCHE, M.L. *Le service public de l'électricité: entre ouverture du marché et ouverture du capital*. In *Revue Du Droit Public*. n.º6. 2002.

BENJAMIN, W. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 1987.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. COOPERS & LYBRAND. Relatório Consolidada Etapa VII – I. Vol. I. 1997.

CARDOSO, F. H. Desenvolvimento: o mais político dos temas econômicos. *Revista de Economia Política*. vol. 15. n.º 4. 1995.

CALLIARI, M; CIANFARANI, J. A defesa da concorrência no Setor Elétrico. In *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006.

COUTINHO, Luciano. “Regulation and Development: Reflections in the Aftermath of Neoliberalism”. In *Revista Direito GV*, Especial 1, Novembro 2005.

COUTO E SILVA, A. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “à brasileira”. *Revista de Direito Administrativo*. n.º 230. out./dez. 2002.

CUÉLLAR, L. Poder normativo das agências reguladoras. In *Estudos de Regulação Pública*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. Editora Singular. 2003.

FORGIONI, P. *Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª edição revista e atualizada. 2005.

FRANCO, G.H.B. A inserção externa e o desenvolvimento. In *Revista de Economia Política*. vol. 18. n.º 3. jul./set. 1998.

FURTADO, C. A armadilha histórica do subdesenvolvimento. In *Brasil: a construção interrompida*. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 1992.

GOLDBERG, D. Notas sobre concorrência no sistema bancário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n.º 23. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 32-52.

GRAU, E. G. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milão. Unicopli. 1998.

HOCHSTETLER, R.L. *A reforma do setor elétrico no Brasil: as perspectivas de competição no segmento de geração*. São Paulo. 1998. Dissertação (Mestrado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo.

IEA. *Regulatory Institutions in Liberalised Electricity Markets*. OCDE. Paris. 2001.

JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios Urruti. 2º ed. México. *Compañía Editorial Continental S.A.* 1958.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005.

KELSEN, H. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges; revisão técnica Péricles Prade – 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes. 1992.

LAURIE, R. A. *California: la experiencia de la desregulación: modelo de un fracasso de gestión*. Quito. *Revista Energética*. v. 25. n.º3. jul.set. 2001.

LUHMANN, N. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Unb. 1980.

MAJONE, G. *Regulation and its modes*. In *Regulation Europe*. London: Routledge. 1996.

MARQUES, M.M.L.; ALMEIDA, J.P.S.; FORTE, A.M. Regulação Setorial e Concorrência. *In Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3. n.º 9. jan./mar. 2005.

MARQUES NETO, F. A. A articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. *In Regulação Brasil/Associação Brasileira das Agências de Regulação – Porto Alegre: ABAR – v. 1. n.º1*. 2005.

MATTOS, P. T. L. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Editora Singular. 2006.

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

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1987.

MOREIRA, E.B.; CUÉLLAR, L. As agências reguladoras brasileiras e a crise energética. *In Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Coimbra Editora. 1997.

MOREIRA NETO, D.F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. n.º 231. São Paulo. 2003.

NUSDEO. A. M. O. Regulação e o Direito da Concorrência. *In Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____ *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros. 2002.

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

OLIVEIRA, R. G.; TOLMASQUIM, M. T. A regulação e os grupos controladores das empresas privatizadas do setor elétrico brasileiro. *In Revista Brasileira de Energia*. v. 7. n.º 2. Jul./dez. 1999.

PELTZMAN, S. A Teoria Econômica da regulação depois de uma década de desregulação. *In Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. Paulo Mattos (coord.). CEBRAP. São Paulo. Editora 34.

PINTO JÚNIOR, H. Q. Setor elétrico: as lições de outros países. *Eletricidade Moderna*. v. 30. n.º 339, jun. 2002.

_____ *Institucional Designs and Regulatory Reforms en the Energy Industries. In Coloquio Internacional “Energia, Reformas Institucionales y Desarrollo en America Latina”*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição. *In Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. POSSAS, M. L. [et al.]. São Paulo: Singular. 2002.

ROCHA, B. M. Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência: proposta de articulação. In *Revista de Direito Mercantil*. n.º 112. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 85-92.

RODRIGUES, R. C.; ORTIZ, J. A.; G. L. B. AYONA. *La experiencia internacional en la planeación de la red de transporte de energia eléctrica en ambientes desregulados*. *Revista CIER*.v. 10. n.º 36. Montevideo. jun./jul. 2001.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros. 1998.

SANTOS, A. C.; GONÇALVES, M. E.; MARQUES, M.M.L. *Direito Econômico*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1997.

SCHWARTZ, R. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Editora 34. 2000.

STIGLER, G. J. *The theory of economic regulation. Brokings Papers on Microeconomics*. 1989.

SUNDFELD, C. A. Introdução às agências reguladoras. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros e Sociedade de Direito Público. 2000.

SUSTEIN, CASS. As funções das normas reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 1. n.º 3. Jul./set. 2003.

WALTEBERG. D. O Direito da Energia Elétrica e a Aneel. In *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros. 2000.