



**Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em
Direito da Regulação
Ticiane Ushicawa Fukushima**

**A regulação da defesa da concorrência no setor
elétrico brasileiro**

Brasília – DF
Abril / 2012

Ticiane Ushicawa Fukushima

**A regulação da defesa da concorrência no setor
elétrico brasileiro**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Especialista em Direito da Regulação do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador (a): Professor Carlos Jacques

Brasília – DF
Outubro / 2012

Ticiane Ushicawa Fukushima

A regulação da defesa da concorrência no setor elétrico brasileiro

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Especialista em Direito da Regulação do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é realizar uma análise crítica da incidência e forma de regulação concorrencial sobre as empresas concessionárias de serviços regulados, abordando a falência do Estado providencialista e a abertura para as empresas privadas, o que gerou a necessidade de implementação da regulação técnica. A monografia abordará a intervenção do Estado na ordem econômica, a forma de exploração dos serviços de energia elétrica para ao final analisar a forma de regulação da concorrência no setor elétrico.

Palavras chave: Regulação. Defesa da Concorrência. Setor Elétrico Brasileiro.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to review the incidence of the competitive regulation on regulated businesses that explore utility services, analyzing the state failure and the opening market for private companies, which generated the necessity to implement technical regulations. The monograph will analyze the state intervention in the economic order, the form of exploitation of electric energy services to consider how to regulate competition in the electricity sector.

Key Words: Regulation. Antitrust. Electricity sector.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA	2
1.1. A EVOLUÇÃO DO ESTADO EMPRESÁRIO	2
1.2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	3
1.3. A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL	7
2. A EXPLORAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA	10
2.1. A OUTORGA DA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	10
2.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SETOR ELÉTRICO	13
2.3. A EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES DE ENERGIA ELÉTRICA.....	17
3. REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA.....	24
3.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	24
3.2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A REGULAÇÃO SETORIAL.....	26
3.3. A REGULAÇÃO CONCORRENCIAL NO SETOR ELÉTRICO.....	31
3.4. A ATUAÇÃO CONCORRENCIAL DA ANEEL.....	37
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Durante o Estado Liberal e até o século XX, a atuação do Estado nas atividades empresariais e na prestação de serviços era intensa, sendo o Estado extremamente providencialista. Contudo a crise fiscal frustrou os investimentos, obrigando o Estado a passar por uma reformulação de modo a incentivar os investimentos dos particulares.

Diante dessa nova realidade, reduziu-se a intervenção do Estado na economia, impondo a reforma do Estado, que culminou na privatização de alguns serviços que antes eram executados diretamente pelo Estado, temas que serão abordados no decorrer do primeiro capítulo.

Nesse sentido, considerando que o presente trabalho restringe-se ao setor elétrico, o segundo capítulo tratará da exploração das atividades de energia elétrica, analisando a forma de outorga, a evolução histórica do setor elétrico, analisando a desverticalização das atividades e finalizando com a forma de prestação dos serviços de energia elétrica.

A problemática do tema será efetivamente abordada no terceiro capítulo, que tratará das agências reguladoras, em especial analisando as dificuldades e inseguranças causadas pela dupla regulação dos serviços regulados, analisando a eventual sobreposição entre as competências regulatórias setoriais e concorrenciais. Ao final, será feita uma análise da situação atual do setor elétrico e uma análise dos atos normativos que ainda não estão em vigor, mas que alterarão sobremaneira a dupla incidência entre regulação concorrencial e técnica.

O trabalho será desenvolvido a partir da análise da doutrina existente, em pesquisas relacionadas ao setor elétrico, bem como da análise da legislação atual e futura no que se referem ao tema em desenvolvimento.

1) O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA

1.1) A evolução do estado empresário

No final do século XIX o Estado Liberal clássico tinha apenas três papéis a cumprir: a segurança, a justiça e os serviços essenciais, onde se vivia a afirmação dos direitos políticos e dos direitos individuais.¹

Ao longo do século XX, o Estado passou a intervir diretamente na prestação de serviços, atuando como empresário adentrou em áreas restritas à iniciativa privada, remodelando o mercado.² Nessa época são introduzidos os conceitos de função social da propriedade e da empresa, bem como a consolidação dos chamados direitos sociais.³

Esse providencialismo estatal teve enorme sucesso durante algum tempo, pois os benefícios como saneamento, saúde, educação e previdência foram democratizados, com isso houve a elevação da expectativa de vida e uma promoção de melhor qualidade de vida populacional. Entretanto essa revolução foi inviabilizada em função de aumento populacional, da elevação da expectativa de vida sem que houvesse um acompanhamento das regras de aposentadoria. A multiplicação da população causou a redução da eficiência das atividades então desempenhadas pelo Estado e assim a manutenção do assistencialismo tornou-se cara demais aos cofres públicos. Assim, essa crise fiscal obrigou o Estado a reduzir sua dimensão e sua intervenção no domínio econômico, não apenas pela suspensão de projetos ambiciosos que eram relacionados ao bem estar comum, mas também pelas limitações que os serviços já fornecidos.⁴

Com isso, viu-se o “esfacelamento das estruturas estatais, a erosão das políticas públicas, a incapacidade estatal de cumprir suas funções mais essenciais”.⁵

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A crise fiscal do Estado do Bem Estar conduziu as perspectivas de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares.⁶

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In. LANDAU, Elena (coord). *Regulação do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 29.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

³ BARROSO, Luis Roberto. 2006. *Op. Cit.* p. 30.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 18 e 19.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 19.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 20.

Dessa maneira, o Estado não deveria agir como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas:

O dirigismo correspondeu à pretensão de supressão da autonomia empresarial provada (senão a eliminação da própria empresa privada), assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico. Esse modelo conhecia a necessidade de planejamento centralizado e rejeitava espaços alheios ao Estado para a implantação de projetos com outra configuração. O dirigismo manifestava-se como um projeto estatal de dominação tanto sob um ângulo de extensão como de intensidade. Sob o ângulo da extensão, o dirigismo conduzia a submeter ao poder estatal todas as atividades relevantes para o interesse coletivo. Sob o prisma da intensidade, acarretava a intromissão estatal no íntimo das decisões pertinentes às diferentes unidades empresariais.

A concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão predeterminado, a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização dos valores fundamentais.⁷

1.2) A intervenção do estado no domínio econômico

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha consagrado o princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico, estabeleceu um sistema capitalista, baseado na propriedade privada dos meios de produção, na livre iniciativa e na restrição do domínio econômico, admitindo, em determinadas circunstâncias, o desempenho direto de atividades econômicas.⁸

Segundo a Constituição Federal, a atividade econômica incumbe ao particular, estabelece o artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 21.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 307.

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por sua vez, o artigo 175 dispõe que a prestação de serviços públicos competem ao Estado, *verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ocorre que o artigo 173 estabelece que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Para a professora Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Portanto, as condições para interferência do Estado na atividade econômica devem ser objetivamente justificadas, o que, nos termos da Constituição, deve ocorrer mediante uma lei que reconheça determinada atividade como sendo de relevante interesse coletivo ou atendendo a imperativo da segurança nacional.

Tendo em vista que “relevante interesse coletivo” e “imperativo da segurança nacional” constituem conceitos jurídicos indeterminados, seu conteúdo pode variar ao longo do tempo. De forma, a depender do momento histórico, a sociedade pode ser mais ou menos favorável à intervenção direta do Estado na economia, o que pode gerar legislaturas mais ou menos favoráveis à aprovação de legislação reconhecendo atividades como sendo de “relevante interesse coletivo”.⁹

Mais adiante, a doutrinadora defende que “tendo em vista que ‘imperativo da segurança nacional’ e ‘relevante interesse coletivo’ são, como visto, conceitos indeterminados, é de se concluir que permitem uma relativa ampliação ou restrição de seu significado, a depender da dinâmica social em determinado momento, expressa por meio das decisões dos representantes do povo reunidos na Casa Legislativa”.¹⁰

⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In LANDAU, Elena (coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico, Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 425.

¹⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Op. Cit.* p. 426.

Neste aspecto, considerando a elasticidade dos conceitos, permite-se a maior ou menor presença estatal, assegurada a submissão de eventuais conflitos ao Poder Judiciário, que deverá pronunciar-se apenas em situações teratológicas, onde houver flagrante desvio de finalidade, uma vez que as decisões de mérito políticas não devem ser afastadas dos Poderes Legislativo e Executivo.¹¹

De outro lado, conforme visto no artigo 175 da Constituição Federal, há determinadas atividades reservadas ao poder público. Ou seja, para determinada atividade ser considerada serviço público, ela deve ser prestada pelo Estado ou delegatário, atender a uma finalidade pública relevante e ser submetida ao regime de direito público.¹²

Assim, conclui-se que a atuação será definida pela natureza da atividade. Contudo, distinguir serviço público de atividade econômica não é tarefa simples. O professor Eros Grau defende a impossibilidade de se contrapor absolutamente os dois conceitos haja vista que serviço público não deixa de ser atividade econômica.¹³

O professor Marçal Justen Filho assim conceitua (2002, p. 310):

Logo, *atividade econômica* é um gênero, que contém duas espécies, o *serviço público* e a *atividade econômica (em sentido restrito)*.

Significa que o *serviço público* é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de *atividade econômica* e apresenta caracteres econômicos. Enfim, é possível distinguir *serviço público* de uma concepção mais restrita de *atividade econômica*.

A atividade econômica em sentido restrito peculiariza-se pela exploração econômica lucrativa, segundo princípios norteadores da atividade empresarial, fundada na *racionalidade estritamente econômica*. O conceito pressupõe a utilização especulativa da propriedade privada, visando precipuamente à realização do interesse dos particulares. Tal conceito delinea-se, portanto, sobre os princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Pressupõe que os sujeitos possam organizar os fatores da produção para obtenção de resultados não predeterminados pelo Estado, com apropriação privada do lucro.

Já o *serviço público* é uma atividade orientada ao atendimento de certas necessidades fundamentais, do que deriva sua submissão a um regime jurídico restritivo e limitado.

Pode-se dizer que a diferença essencial entre uma atividade e outra esteja fundada na satisfação dos valores atinentes à dignidade da pessoa humana,

¹¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Op. Cit.* p. 427.

¹² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Op. Cit.* p. 428.

¹³ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. Ed. Malheiros: 2000. p. 123.

enquanto a atividade econômica não envolveria a realização imediata de valores dessa ordem.¹⁴

Todavia, diante da mutabilidade das relações e do desenvolvimento humano, até mesmo o conceito de dignidade humana sofreu alterações. Ora, em tempos de globalização, quiçá o acesso à internet, por exemplo, não pode ser totalmente desvinculado da satisfação da dignidade da pessoa humana.

Como visto, a atuação do Estado no exercício das atividades econômicas deve ser excepcional, segundo Marçal Justen (2002, p. 313):

Sempre que o Estado assumir o desempenho de atividade econômica em sentido restrito (o que depende da presença de certos pressupostos), estará sujeito ao regime jurídico reservado para os particulares, sendo vedado constitucionalmente outorgar-lhe qualquer benefício ou vantagem. Deverá adotar, inclusive, a personalidade de Direito privado para exercitar a atividade.

Por outro lado, o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que a gestão seja eventualmente atribuída a particular. Nestes casos, não há livre iniciativa e tampouco livre concorrência, pois a prestação inicialmente incumbia ao Estado.¹⁵

A livre iniciativa relaciona-se à possibilidade de acesso à atividade econômica, enquanto a livre concorrência, segundo Luciano Sotero Santiago¹⁶:

se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios necessários que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza também na liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar, permanecer e sair do mercado. A livre concorrência se caracteriza ainda pela liberdade de escolha para o consumidor.

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal trouxe em seu bojo conceitos econômicos, determinando normas e princípios que objetivam a estruturação e organização da economia, nos termos do artigo 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Ademais, o artigo 173, §4º da Constituição Federal dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 310.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op Cit.* p. 313.

¹⁶ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podivm, 2008. p. 29.

Por sua vez, o artigo 175 atribui a prestação de serviços ao Poder Público, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, na forma da lei, sempre através de licitação.

Verifica-se, portanto, que a Ordem Constitucional consagrou a política antitruste.

1.3) A reforma do Estado no Brasil

Após a crise anteriormente mencionada, o Estado passou a ser duramente criticado, tendo sua imagem vinculada à ineficiência, desperdício, morosidade, burocracia e corrupção. Dessa maneira, o discurso estatal se aproximou da desregulamentação e da privatização.¹⁷

Nesse sentido, o sempre brilhante doutrinador Luís Roberto Barroso conclui (2006, p. 32):

O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauriu. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração da renda. Um Estado que tomava dinheiro da burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária. A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado provavelmente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício, de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente seu papel.

A reforma econômica brasileira teve três alterações estruturais.

A primeira delas foi a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro inseridas por meio da Emenda Constitucional nº 6/95. A segunda foi a

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In LANDAU, Elena (coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 30.

flexibilização dos monopólios estatais, incluídas no ordenamento por meio das Emendas Constitucionais nº 5, 8 e 9, todas de 1995.¹⁸

Já a terceira foi a denominada privatização, que ocorreu por meio da edição da Lei nº 8.031/90, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização - PND, posteriormente revogado pela Lei nº 9.491/97, que tem por objetivos fundamentais:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Com isso, Barroso conclui que (2006, p. 34):

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.

Verifica-se que a partir da década de 90, o Brasil aderiu ao processo de privatização dos serviços e infraestrutura e de serviços públicos. Dessa maneira, com a abertura da economia e a diminuição da intervenção estatal, a defesa da concorrência adquire maior efetividade.

Nesse sentido, o Estado deixa de ser agente propulsor da economia da riqueza e passa a reprimir os abusos e assegurar o desenvolvimento.¹⁹

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 30.

Conforme dito anteriormente, os setores de serviços públicos e uso de bens públicos era marcado pela atuação direta do governo central, com a desestatização houve a necessidade de serem criados mecanismos de fiscalização, daí a criação das agências reguladoras.

Tais agências foram criadas sob a forma de autarquias vinculadas aos respectivos ministérios setoriais.²⁰

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1997. p. 44.

²⁰ BATISTA, Ciro Antônio Seabra. *Regulação e concorrência no Brasil: Complementaridade, conflitos e competência nas leis das agências reguladoras e na lei antitruste*. Especialização em controle da Regulação. TCU: Brasília 2011. p. 8.

2) A EXPLORAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA

2.1) A outorga da exploração de serviços públicos

No que se refere à descentralização dos serviços, saliente-se que há casos em que a descentralização é conferida a entidades da própria Administração, denominada delegação legal, enquanto a delegação negocial ocorre quando a execução é transferida a particulares. Neste caso, há a bilateralidade como característica, em que pelo contrato há a manifestação de vontade das partes.²¹

Atualmente, a doutrina divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: comuns e especiais:

As **concessões comuns** são reguladas pela Lei nº 8.987, de 13.2.95, e comportam duas modalidades: 1ª) **concessões de serviços públicos simples**; 2ª) **concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública**. Sua característica consiste no fato de que o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários.

De outro lado, as concessões especiais são reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004 e também se subdividem em duas categorias: 1ª) concessões patrocinadas; 2ª) concessões administrativas. As concessões especiais são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de “parcerias público privadas”²²

No que se refere à legislação aplicável, a Lei nº 8.987/95 dispõe sobre a concessão comum e permissão de serviços públicos, a lei disciplina sobre vários aspectos da concessão, encargos do concessionário, licitação, usuários e políticas tarifárias.

Posteriormente foi promulgada a lei nº 9.074/95, que tratou especificamente sobre os serviços de energia elétrica e da reestruturação dos serviços concedidos.

Finalmente, em 2004 foi editada a lei nº 11.079 que disciplinou sobre a concessão especial sob as modalidades de concessão patrocinada e administrativa, instituindo o regime das parcerias público-privadas.

Da leitura desses conceitos, verifica-se que as concessões que outorgam a exploração dos serviços de energia elétrica devem ser classificadas como concessões comuns, tal como se verifica dos instrumentos convocatórios publicados

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 279.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p. 279 e 280.

pela ANEEL que afastam a incidência da Lei nº 11.079/04 ao disciplinarem que os contratos de concessão serão fundamentados nas Leis nº 8.666/93, 8.987/95, 9.074/95, 9.427/96, 9.491/97, 9.648/98, 10.438/2002 e 10.848/2004.

Dentro do conceito de concessão comum, verifica-se que são concessões de serviços públicos precedidos de execução de obra pública, conforme dispõe o artigo 2º, III, Lei 8.987/95:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que (2005, 283):

Com efeito, a expressão concessão de obra pública parecia indicar que o Poder Público “transferia” (ou “concedia”) uma obra pública, o que não é precisamente o que ocorre nesse negócio jurídico. A obra pública, não pode ser tecnicamente concedida; o que o Estado concede é a atividade, ou seja, o serviço. Para tanto autoriza o concessionário a executar a obra previamente. Há, portanto, duplicidade de objeto; em relação a este, o que é objeto de concessão é o serviço público a ser prestado após a execução da obra.

Atividades meramente econômicas, por conseguinte, são inidôneas para figurar como objeto de contratos de concessão, ainda que, por improbidade técnica, sejam assim denominados.

As concessões possuem natureza contratual, embora se sujeitem a particularidades do âmbito do direito público. Essa conclusão é extraída da leitura do artigo 175, parágrafo único da Constituição Federal ao fazer referência ao caráter especial de contrato, confirmada pelo artigo 4º da Lei nº 8.987/95. Portanto a concessão tem caráter de contrato administrativo.

Contudo, o contrato possui um conjunto de regras de caráter regulamentar que fixam a organização e funcionamento do serviço, podendo ser modificadas unilateralmente pela Administração e aquelas essencialmente contratuais que são regidas pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.²³

No que se refere à natureza do objeto, importa trazer a lume o posicionamento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2005, 286):

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p. 287 e 288.

Importante frisar que, tendo a natureza jurídica de contratos administrativos, as concessões submetem-se basicamente a regime de direito público, cujas regras, como visto, estão enunciadas na Lei nº 8.987/95. Supletivamente, porém, é admissível a incidência de normas de direito privado, pois que neste é que se encontra detalhada a disciplina que regula os contratos em geral. A fonte primeira, no entanto, é a lei especial reguladora.

Sendo um contrato administrativo, à concessão aplicam-se as características dos contratos administrativos, incluindo as cláusulas exorbitantes. Neste aspecto, a própria Lei nº 8.987 previu, por exemplo, alterações no contrato, no artigo 23, V e a retomada do serviço pela encampação, motivada por interesses públicos.

Pois bem, sendo um contrato, a concessão estabelece direitos e obrigações para ambas as partes.

Considerando que a concessão implica na transferência da execução de um serviço destinado ao público, o Poder Concedente deve manter a prerrogativa da fiscalização.

A lei das concessões, em seu artigo 30 permite até mesmo a fiscalização da estrutura do concessionário abrangendo contabilidade, estrutura, recursos financeiros e técnicos de modo a proteger a prestação do serviço ao público.

Assim, a fiscalização pode ultrapassar o mero acompanhamento da execução do contrato abrangendo a própria concessionária, prevendo inclusive a extinção da concessão em caso de descumprimento.

O próprio processo de desestatização culminou na criação das agências reguladoras. Essas entidades, representando o poder concedente fiscalizam as atividades das concessionárias e para tanto, estabelecem metas para cumprimento da qualidade, manutenção e expansão do serviço.

Se o concedente busca a excelência da prestação do serviço, ao concessionário a prestação adequada é obrigação. O artigo 6º, §1º estabelece os princípios aplicáveis à prestação dos serviços concedidos:

Assim, a própria lei definiu por meio da imposição de atendimento dos princípios a adequação dos serviços. Para assegurar a execução do serviço, o concedente pode inclusive intervir na concessão.

Para Carvalho Filho, intervenção é (2005, 307):

A ingerência direta do concedente na prestação do serviço delegado, em caráter de controle, com o fim de manter o serviço adequado a suas finalidades e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais da concessão.

2.2) A evolução histórica do setor elétrico

A Constituição de 1891 não distinguia a propriedade do subsolo e das quedas d'água e a propriedade das terras, por essa razão, a intervenção do Estado neste aspecto restringia-se a medidas regulamentares isoladas.²⁴

Registra-se que o primeiro texto legal que trata sobre energia elétrica foi a Lei nº 1.145, de 31.12.1903, que autorizava o Governo Federal a promover administrativamente ou mediante concessão o aproveitamento da força hidráulica para os serviços federais.²⁵

Na sequência, o Decreto nº 5.407/1904 estabeleceu regras para os contratos de concessão de aproveitamento hidrelétrico com vistas à produção de energia elétrica, que então deveria ser aplicada aos serviços federais. Esse decreto delineou alguns princípios basilares para as relações envolvendo a energia elétrica, dentre eles: a) concessão sem exclusividade; b) prazo máximo de concessão de 90 anos; c) reversão para a União sem indenização do patrimônio do concessionário; d) revisão tarifária periódica após cada 5 anos; e) redução tarifária em caso de lucros superiores a 12%; f) isenção de ônus estaduais, municipais e de direitos aduaneiros às concessões; g) autorização para que o concessionário conduza as desapropriações necessárias; h) resgate da concessão a qualquer tempo mediante o pagamento de indenização e i) fiscalização da concessionária pelo Governo Federal.

Contudo, embora esse decreto tenha sido a origem da legislação setorial, na prática teve um efeito reduzido, pois sua aplicação restringia-se às atividades desenvolvidas pelo governo federal, não tendo aplicabilidade nos estados e municípios.²⁶

Com a Revolução de 1930, que conduziu Getúlio Vargas ao poder, implantou-se o fim à estrutura descentralizada da República Velha e expandiu a intervenção do estado no domínio econômico e social.²⁷

²⁴ ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito de energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.57.

²⁵ ÁLVARES, Walter T. *Op. Cit.* p. 57.

²⁶ CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 38.

²⁷ LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 72.

Diante dessa nova conjuntura política, a Constituição de 1934 adotou princípios nacionalistas e intervencionistas, estabelecendo que a exploração de minas e de quedas d'água seriam de interesse nacional.²⁸

Com o advento do Decreto 24.643/1934 que promulgou o Código de Águas, novos princípios foram estabelecidos: a) distinguiu a propriedade do solo da propriedade das quedas d'água e de outras fontes de energia hidráulica; b) as fontes de energia hidráulicas existentes em águas públicas ou de uso comum seriam patrimônio da nação, inalienáveis e imprescritíveis, tendo seu aproveitamento industrial à concessão outorgada pelo Presidente da república; c) prazo das concessões seria de 30 anos, prorrogáveis até 50; d) finda a concessão haveria a reversão da concessão, com ou sem indenização; e) as concessões ou autorizações seriam dadas exclusivamente a brasileiros ou a empresas constituídas no Brasil, ressalvadas as empresas em atividade; f) assegurou fiscalização técnica, financeira e contábil das empresas do setor; g) definiu que as tarifas seriam fixadas pelo custo do serviço.

Contudo, o Código não tratou das taxas de remuneração, de eventual padronização da contabilidade das empresas, tampouco do segmento termelétrico, haja vista que restringia à regulamentação das águas.²⁹

Na Era Vargas, a industrialização exigia que a energia elétrica acompanhasse o crescimento do Brasil, dessa maneira, na Constituição Federal de 1934 passou a ser da União, de modo a unificar o tratamento em todo o país.³⁰

Posteriormente, com o Estado Novo, a intervenção do Estado na vida social e econômica do país passou a ser maior, assim o Estado intervia diretamente nas atividades produtivas. A Constituição de 1937 passou a restringir as atribuições de concessões a brasileiros ou a empresas constituídas por acionistas brasileiros.

Em 1945 surge a primeira empresa federal, a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF.

A Constituição de 1946 confirmou, em termos gerais, a ação intervencionista do Estado, mas o agravamento da crise energética iniciada durante a guerra fez com que o Estado desenvolvesse o Plano Nacional de Eletrificação em 1954, financiado

²⁸ MARTINS, Ligia Maria Cabral et all. *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro da memória da eletricidade no Brasil, 1988. p. 73.

²⁹ CALDAS, Geraldo Pereira. *Op.Cit.* p. 41 e 42.

³⁰ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. Introdução: O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória. *In Regulação do Setor Elétrico*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 3.

com a criação do Fundo Nacional de Eletrificação, que financiava também estados e municípios para a expansão de seus próprios sistemas elétricos.³¹ Neste momento foram criadas as maiorias das sociedades de economia mista, estaduais e federais.³² Às sociedades de economia mista se reservou a responsabilidade pela expansão do parque gerador e do sistema de transmissão, enquanto as concessionárias privadas destinavam suas principais atividades para a distribuição de energia elétrica.

Com a constituição efetiva da Eletrobras, durante o período de 1964 a 1981 o setor elétrico expandiu significativamente, as empresas Eletrosul, Eletronorte, Chesf e Furnas passaram a ser subsidiárias da Eletrobras e tinham por finalidade planejar, construir e operar os sistemas de geração e transmissão nos grandes troncos nacionais, a saber, sul, norte e centro, nordeste e sudeste respectivamente.³³

Ainda nesse período, a interligação do sistema passou a ser tratado de maneira estratégica, considerando o crescimento dos mercados e as diretrizes de planos regionais. A interligação assegurou a utilização mais racional da capacidade instalada e o aproveitamento da diversidade hidrológica entre as bacias e regiões, garantindo ainda a melhor qualidade do serviço, com vistas a proporcionar menores variações de tensão e frequência além de menos interrupções.

Até 1974, as tarifas eram diferenciadas em função das áreas de concessão, que considerava o custo do serviço de cada uma delas. O processo de equalização tarifária tinha por objetivo favorecer o fornecimento de energia elétrica em regiões menos desenvolvidas.

Até os anos 80, o setor permaneceu em expansão, momento em que a crise fiscal impede novos investimentos. Juntamente com isso, a titularidade do capital social das empresas acabou por criar a cultura de que a energia podia ser vendida a preços baixos, além de investimentos em empreendimentos dissociados de eficiência.³⁴

³¹ MARTINS, Ligia Maria Cabral et all. *Op. Cit.* p. 128-130.

³² Nessa época foram criadas a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) no Rio Grande do Sul, a Centrais Elétricas de Minas Gerais (Cemig). Por meio da Lei 3.890-A foi autorizada a constituição da Eletrobras a quem se atribuiu o papel de holding das sociedades de economia mista federais com a função de planejar, coordenar e supervisionar programas de construção, ampliação e operação de sistemas de geração, transmissão e distribuição de energia.

³³ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, 2006. p. 4.

³⁴ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, 2006. p. 4.

Com a reforma do marco regulatório ocorrida nos anos 90, houve a desverticalização das atividades do setor de energia elétrica, assim, o artigo 4º, §5º da Lei nº 9.074/95 alterado pela Lei nº 10.848/04 dispõe:

§5º. As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades:

I - de geração de energia elétrica;

II - de transmissão de energia elétrica;

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos;

IV - de participação em outras sociedades de forma direta ou indireta, ressalvado o disposto no art. 31, inciso VIII, da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nos respectivos contratos de concessão; ou

V - estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto nos casos previstos em lei e nos respectivos contratos de concessão.

O Setor Elétrico foi desestatizado parcialmente, uma vez que enquanto a maior parte do segmento de distribuição foi concedida à iniciativa privada, a geração permaneceu nas empresas do Sistema Eletrobras e estatais estaduais, como CEMIG e COPEL.³⁵

Dentre as razões que justificaram essa opção, ressalta-se que a distribuição é um monopólio natural e é a última atividade da cadeia produtiva, o que permitia que a regulação fosse feita por meio dos próprios contratos de concessão; além disso, enquanto a distribuição permanece estatal, o segmento da geração não seria atrativo aos investidores, considerando os riscos de inadimplemento ou atrasos dos pagamentos pelas estatais.³⁶

Na desestatização, as empresas foram vendidas a preços elevados, o que aumentou o patamar inicial das tarifas. Na sequência, a desvalorização cambial pressionou ainda mais o endividamento das empresas e o preço das tarifas.³⁷

Em 2001, a crise do Setor Energético deixou exposta a fragilidade regulatória. Em contrapartida, com a edição da Lei nº 10.848/04, consagrou-se a desverticalização do setor, dispondo sobre a comercialização de energia.³⁸

³⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Op. Cit.* p. 436.

³⁶ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, 2006. p. 10.

³⁷ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, 2006. p. 10.

Além da desverticalização, buscou-se introduzir a concorrência no setor, o que não é tarefa simples considerando que as atividades não são independentes entre si, pois um agente depende da atuação de outro para exercer sua atividade. Dessa maneira, a legislação passou a assegurar às geradoras e comercializadoras o acesso às redes de transmissão e distribuição.³⁹

Nesse contexto, a aplicação de defesa da concorrência no setor elétrico ganha relevo e importância.

2.3) A execução das atividades de energia elétrica

Conforme dito anteriormente, a Constituição Federal definiu que as concessões são outorgadas sempre através de licitação. Por sua vez, a lei de concessões fixou que a modalidade adequada seria a concorrência. Posteriormente, a modalidade de leilão.

Ora, com o ingresso do particular na prestação de serviços públicos, a equação calculada pelo concessionário considera a contrapartida financeira, ou seja, o retorno positivo do investimento realizado, em outras palavras: lucro.

O artigo 175, parágrafo único, III, CF apenas estabelece que a lei disporá sobre a política tarifária. O serviço executado é remunerado por tarifa e ela deve garantir a adequada prestação do serviço e remunerar o concessionário sem prejudicar o consumidor.

Como se vê, a fixação da tarifa é o balizador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, considerando que as concessões são outorgadas por consideráveis prazos, a revisão periódica da tarifa compatibiliza os custos, investimentos necessários, aquisição de novos equipamentos, eventuais expansões e o lucro do concessionário.

A lei nº 8.987 disciplinou a possibilidade de revisão da tarifa para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Verifica-se ainda que em se tratando de tarifa vigora o princípio da modicidade tarifária.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua o princípio da modicidade e cita Sérgio de Andrea Ferreira (2005, 256):

³⁸ REGO, Erik Eduardo. *Aspectos Regulatórios e financeiros nos leilões de energia elétrica: a lição das usinas "botox"*. Rio de Janeiro: Synergia, 2009. p. 63.

³⁹ LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Op. Cit.*, 2006. p. 14 e 15.

Significa este princípio que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço.

Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio “traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é o objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos.

Além da modicidade tarifária, os serviços públicos regem-se ainda pelos princípios da generalidade, continuidade e eficiência.

Por princípio da generalidade, entende-se que os serviços públicos devem atingir o maior número possível de beneficiários e sem discriminar os usuários, de modo que todos tenham as mesmas condições técnicas para fruição.⁴⁰

Já a continuidade indica que os serviços não devem sofrer interrupções, evitando-se a paralisação da oferta. Assim incentiva-se o aprimoramento e aperfeiçoamento da prestação.⁴¹

Finalmente, conexo ao princípio da continuidade está o princípio da eficiência, de modo que a execução do serviço seja realizada da melhor forma de acordo com a tecnologia disponível, conforme leciona Carvalho Filho (2005, 256):

É tanta a necessidade de que a Administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, que a Emenda Constitucional nº 19/98 incluiu no art. 37 da CF o princípio da eficiência entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos, como já tivemos a oportunidade de consignar.

Voltando a análise para o tema que se propõe, ou seja, sobre os serviços de energia elétrica, faz-se necessária uma análise da forma de outorga de exploração de tais serviços.

Neste aspecto, tomemos, por exemplo, os editais de licitação para concessão de linhas de transmissão de energia elétrica.

Considerando a necessidade de expansão da malha de transmissão do Sistema Interligado Nacional, o Operador Nacional do Setor Elétrico - ONS, juntamente com a Empresa de Pesquisa Energética - EPE planejam a futura necessidade de ampliação da rede básica de transmissão. Para tanto, realizam

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 253.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 253.

estudos de viabilidade para a construção de uma Linha de Transmissão e o prazo necessário para a obra, de modo a atender a população de determinado local.

Diante desses estudos, iniciam-se as projeções e cálculos no sentido de antever o montante necessário para o investimento, o valor da Receita Anual Permitida - RAP, que é a forma de remunerar uma instalação de transmissão e o prazo necessário para a conclusão da obra.

Definido o valor da RAP, esse será o limite a que se dispõe o Poder Concedente para remunerar aquela instalação. Em linhas gerais, os vencedores são definidos de acordo com a proposta que apresenta o maior deságio sobre o valor da RAP.

Ora, se a RAP é o limite da remuneração e é calculada com base em parâmetros atuais de remuneração, o oferecimento de deságio sobre a RAP inicial se fundamenta em projetos otimizados da transmissão, bem como no eventual recebimento de verbas alternativas.

Com um planejamento que considere receitas alternativas, é possível oferecer um maior deságio, tornando o lance mais competitivo na licitação e contribuindo para o atingimento da modicidade tarifária.

Contudo, não se esqueça que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é fundamental no contrato de concessão.

Geralmente, nesses leilões organizados e executados pela ANEEL participam grandes empresas com experiência técnica em construções semelhantes, ou seja, empresas que já são concessionárias de empreendimentos daquela natureza. Ou ainda, formam-se consórcios empresariais, por meio da associação de empresas concessionárias, construtoras e até mesmo investidores, de modo a diluir os recursos e os riscos do empreendimento entre as consorciadas.

A maioria dos editais publicados pela ANEEL prevê a possibilidade de eventual consórcio vencedor do leilão se converter em Sociedade de Propósito Específico – SPE.

Embora a SPE tenha sido tratada expressamente na Lei no 11.079, sua noção já se encontrava presente em outras normas:

a primeira referência de uma norma cogente prevendo a criação de uma estrutura símile à SPE no Brasil se encontra consubstanciada na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, a qual institui o chamado consórcio societário, determinando que a conjugação empresarial visando a venda, no exterior, das mercadorias ali elencadas se fizesse mediante a

criação de um ente, dotado de “personalidade jurídica, revestindo a forma de sociedade comercial, organizada por instrumento público ou particular e com seus atos constitutivos arquivados na repartição ou órgão competente”⁴².

O autor Marcelo Andrade Féres, em artigo publicado na Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, ano XIII, no 148, junho de 2006, p. 505 assim se posiciona:

Ademais, o regime atual das licitações e o das permissões e concessões exigem que, para a celebração de contrato com a Administração Pública, eventual consórcio entre empresas deverá ser desfeito e, na sequência, criada sociedade única contendo seus participantes.

Mais adiante, o mesmo autor defende que o controle da SPE deve reservar-se nas mãos daquele que saiu vitorioso ao final do processo de licitação e sua transferência deve ficar condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato. Isso porque se coubesse ao Estado o controle da sociedade, haveria em verdade uma companhia de economia mista e não uma SPE, o que até mesmo dispensaria a prévia licitação para concessão da parceria. Portanto, para o autor a SPE traduziria um esquema negocial de subordinação em que o Estado sujeitar-se-ia ao controle do particular.

Ainda fazendo um breve comentário acerca da origem das SPE, é sabido que elas tiveram inspiração nas *joint ventures* norte-americanas, que correspondem a uma associação de pessoas que combinam seus bens, dinheiro, esforços e conhecimentos para executar uma única operação negocial lucrativa. A saber, há duas espécies de *joint venture*: a *agreement* e a *corporation*. Nesta última, o empreendimento é realizado mediante a constituição de nova pessoa jurídica de objetivo específico, guardando profunda similitude com as SPE brasileiras.⁴³

De acordo com a legislação vigente a SPE não é um novo modelo societário, devendo revestir-se de um dos modelos societários estabelecidos em lei. Assim, como a própria nomenclatura indica, seu objetivo deve ser necessariamente específico e determinado, com respaldo no artigo 981, do Código Civil, que dispõe que a atuação empresarial pode resumir-se a uma ou mais atividades determinadas.

⁴² CARVALHO, Gabriel Luiz de. *Sociedade de propósito específico. Natureza e aplicação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1626, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10756>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

⁴³ CARVALHO, Gabriel Luiz de. 2012, *Op. Cit.*

Portanto, conclui-se que a SPE pode ser conceituada como estrutura negocial que reúne interesses e recursos de duas ou mais pessoas para consecução de empreendimento de objeto específico e determinado, por meio da criação de nova sociedade com personalidade jurídica distinta da dos seus integrantes.⁴⁴

Assim, a SPE pode assumir a forma de sociedade anônima, aplicando-se a Lei 6.404/1996 (Lei das S.A.).

Em conformidade com o art. 1º da Lei nº 6.404/76, a sociedade anônima terá o capital dividido em ações e a responsabilidade dos sócios será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Depreende-se então que a SPE, como qualquer outra sociedade comercial, forma-se no mínimo de dois sócios.

No que se refere ao objeto social da sociedade, verifica-se que é ponto relevante na constituição da sociedade, é o fim comum, ao qual todos os sócios ou acionistas aderem e se vinculam, visando à organização de uma atividade para atingi-lo. É, pois, elemento de importância na constituição e na vida ordenada da companhia.

Tanto é assim que a própria lei que rege as sociedades anônimas deu ênfase à definição estatutária do objeto, determinando que o objeto deve estar definido de modo preciso e completo.

Outrossim, o Código Civil em seu art. 981 dispõe que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Em seu parágrafo único define ainda que “a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados”.

Dessa maneira, aplicando-se as regras societárias, há a possibilidade de alterações societárias da empresa concessionária. Nesse sentido, Carvalho Filho leciona (2005, 300):

Podem, entretanto, ocorrer fatos supervenientes que alterem a situação inicial do concessionário. Pode, por exemplo, ser necessária a transferência da concessão ou, ainda, pode ocorrer a alteração do controle societário da empresa concessionária. A lei não impede a configuração de tais ocorrências, mas, como é evidente, impõe algumas condições. Assim deverá haver prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão. Por outro lado, o novo concessionário ou os novos controladores da empresa concessionária inicial devem não somente firmar o compromisso de

⁴⁴ CARVALHO, Gabriel Luiz de. 2007 *Op. Cit.*

cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor, como também observar os requisitos de regularidade jurídica e fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, imprescindíveis à execução do serviço concedido. Sem que atenda a tais requisitos, o concedente não autorizará as ocorrências e, em consequência, porá fim à delegação concessional.

Considerando a evolução do setor elétrico brasileiro, faz-se mister analisar se a prestação de serviço de energia elétrica é considerado prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica em sentido restrito.

Analisando a repartição das atividades relacionadas à prestação do serviço de energia elétrica, há uma tendência doutrinária em entender que as atividades de produção e de comercialização de energia elétrica são atividades econômicas em sentido restrito.

Esse entendimento se justifica, pois com o novo marco regulatório foi introduzida a competição na geração e na comercialização de energia elétrica, enquanto a transmissão e distribuição permaneceram reconhecidas como monopólios naturais e reguladas como serviço público.⁴⁵

O professor Marcos Juruena Villela Souto assim se posiciona⁴⁶:

A geração de energia elétrica não mais é tratada como serviço público e, sim, como atividade econômica – daí se tratar de um contrato de exploração. Como tal, deve obediência aos princípios constitucionais que regem as atividades econômicas e, em especial, à proteção do meio ambiente – CRFB, art. 170, VI.

(...)

No âmbito das atividades econômicas – como é o caso da geração de energia – as técnicas de exploração devem caber ao empresário vencedor da licitação, como decorrência lógica da liberdade de iniciativa na formação da exploração de potencial de energia hidráulica.

O interesse público está na geração de energia elétrica, e não na execução de um projeto específico ou, menos ainda, na realização de uma nova licitação, que consumirá tempo e recursos. Afinal, a geração de eletricidade não é, como já foi dito, serviço público.

Por seu turno, a transmissão e distribuição de energia elétrica permanecem sendo consideradas atividades de prestação de serviço público.

Ocorre que considerando o novo modelo do setor elétrico e o sistema interligado nacional, as atividades de geração e comercialização são atividades em

⁴⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Op. Cit.* p. 437.

⁴⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitação para Produção de Energia Elétrica e Licença Ambiental*. In <http://www.geodireito.com/admDireito/Mod-Biblioteca/Arquivos/PRODU%C3%87%C3%83O%20INDEPENDENTE%20DE%20ENERGIA%20E%20LICEN%C3%87A%20AMBIENTAL.pdf> acesso em 01/04/2012.

que há concorrência direta entre os agentes, haja vista que a vascularização do sistema e a administração da comercialização realizada pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE permite a liquidação da energia elétrica de modo a equilibrar o sistema, com apoio das atividades realizadas pelo Operador Nacional do Sistema, que coordena, supervisiona e controla as operações de geração e transmissão de energia elétrica.

Assim, observado o planejamento do setor elétrico, as atividades de transmissão e de distribuição de energia elétrica ainda permanecem sendo consideradas serviços públicos.

De qualquer maneira, a execução das atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica são outorgadas por meio de concessão, ou seja, as empresas para executarem essas atividades precisam ser concessionárias.

3) REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

3.1) As agências reguladoras

Conforme dito, o Estado do Bem-Estar sofreu uma grande crise, que culminou com a necessidade de alteração do modelo assistencialista. Com isso, a partir da década de 90, iniciou-se o processo de privatização de serviços de infraestrutura e desestatização dos serviços públicos, por meio do PND.

Dessa maneira, com a abertura da economia a intervenção do Estado sofreu alterações, causando a maior efetividade e necessidade da ampliação da defesa da concorrência.

Os serviços públicos e o uso de bens públicos anteriormente marcados pela presença de monopólios, deixaram de serem executados diretamente pelo Estado e passaram para as mãos dos particulares. Diante dessa nova realidade, foram criadas as agências reguladoras.⁴⁷

A constatação de que o Estado não possui recursos para todos os investimentos e que seria também um mau administrador, conduziu o processo de transferência da execução de atividades e serviços públicos para os privados.⁴⁸

Contudo, tal transferência não modifica a natureza pública de determinados serviços, Gustavo Binbenojm assim se posiciona:

A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes da republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas.⁴⁹

Dessa maneira, o Estado passa a atuar de outra forma sobre esses serviços: planejando, regulando e fiscalizando. Nesse cenário, surgem as agências reguladoras.

Ressalte-se que, embora se faça uma relação direta entre as agências reguladoras e a execução de serviços públicos por particulares, não há impedimento

⁴⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 37.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – Controvérsias Constitucionais e procedimentos possíveis. *In Livro de teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado*. p. 19.

para a existência de agências reguladoras para regulamentar atividades puramente privadas.⁵⁰

Ademais, a função reguladora, de igual modo, não é nova. O Estado, ao executar essas atividades diretamente ou por suas controladas exercia a função fiscalizadora, o que não estimulava o apontamento de suas próprias falhas.⁵¹

Para Luís Roberto Barroso (2006, p. 40):

As agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito público. Estão sujeitas, assim, ao mandamento do artigo 37, XIX da Constituição e sua criação somente poderá se dar mediante lei específica. O mesmo quanto a sua extinção, pois ato administrativo não poderia destruir o que se construiu por norma de hierarquia superior. As agências, todavia, são autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público.

O regime jurídico especial se justifica para preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas. Assim, elas possuem autonomia político-administrativa e a econômico-financeira.⁵²

No que se refere à autonomia político-administrativa, possuem algumas garantias: nomeação de diretores pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal, mandato fixo e impossibilidade de demissão, salvo casos de falta grave.⁵³

Além disso, os dirigentes estão sujeitos à quarentena, ou seja, não podem prestar serviço às empresas sob o rol de sua regulação ou fiscalização assim que deixarem seus cargos.⁵⁴

Quanto à autonomia econômico-financeira, elas possuem dotações orçamentárias gerais, tendo margem de discricionariedade para atuação administrativa.

Já no que se refere ao desempenho de suas atividades, ainda que se aproxime do conceito de poder de polícia administrativa, também atua na disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação de sanções, controle de tarefas, universalização do serviço, fiscalização do contrato de concessão e arbitramento dos conflitos entre as empresas reguladas.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 37.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 37 e 38.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 41.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 41.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit*, 2006. p. 42.

Os poderes regulatórios são amplamente reconhecidos ao Estado, haja vista que detém o monopólio da produção legislativa, contudo, no que se diz respeito à criação e concepção das agências reguladoras, a questão relaciona-se com a intervenção do Estado no domínio econômico.⁵⁵

Essa atuação especializada e técnica é de suma importância para a manutenção dos padrões de qualidade dos serviços, haja vista que as agências estabelecem metas de desempenho, celebram contratos de gestão com os entes regulados e determinam as melhores práticas, punindo os entes infratores de suas determinações.

3.2) A defesa da concorrência e a regulação setorial

Com a publicação do *Sherman Act* nos Estados Unidos, na década de 80, surgiram os primeiros atos na defesa da livre iniciativa e concorrência. Com a outorga de prestação de serviços públicos e a abertura do mercado a regulação das atividades econômicas passou a ter mais importância.

Nos Estados Unidos, posteriormente, nos anos 90, as cortes americanas passaram a adotar a Teoria da escola de Chicago segundo o qual o direito concorrencial deveria ser orientado pela maximização da eficiência, implicando na redução de preços ao consumidor, ou seja, ainda que a livre concorrência permaneça sendo protegida, passou-se a dar prioridade ao bem estar do consumidor.

Nesse sentido, a existência do poder econômico passa a ser tolerada, tal como dispõe Salomão Filho “o poder econômico, de quase um mal em si, passa a ser visto como uma necessidade, desde que apto a promover a eficiência econômica, aqui entendida no sentido mais genérico de produção em escala abaixo do custo unitário”.⁵⁶

Na tentativa de compatibilizar os princípios antitruste e a Regulação, foram criadas duas teorias: teoria da ação política e teoria do poder amplo. Segundo a Teoria da Ação Política, para haver afastamento do direito concorrencial, faz-se necessária uma clara política e o expresse afastamento dos princípios

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15.

⁵⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica, Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.39.

concorrenciais, mediante a supervisão ostensiva e o correto cumprimento da legislação existente. Já a Teoria do Poder Amplo, define que a amplitude da competência de uma agência suplanta a necessidade de atuação antitruste.⁵⁷ Em outras palavras, deveriam ser definidos critérios para avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a concorrencial.

Ocorre que conforme se demonstrará, nenhuma das duas teorias são integralmente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que nem a regulação setorial foi claramente concebida de modo a afastar a atuação antitruste, tampouco possui poderes amplos o suficiente para afastar a competência de outro órgão.

Considerando o tema que se propõe estudar, serão analisados apenas a ANEEL e o CADE, dentre as inúmeras agências reguladoras.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL é autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, criada pela Lei 9.427/96. Tem como finalidade:

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

O artigo 3º estabelece as atribuições da ANEEL, que são, dentre outras:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

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;

⁵⁷ JUSTEN NETO, Marçal Justen. *Defesa da concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso institucional entre ANEEL, CADE, SDE E SEAE*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 42, agosto 2010. Disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=42&artigo=459>, acesso em 26/03/2012.

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

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato.

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Conforme dito anteriormente, quando o Estado outorga a execução dos serviços públicos à iniciativa privada por meio das concessões, permissões e autorizações, a imposição de despende recursos também passa à iniciativa privada. Contudo, conquanto o Estado esteja interessado na ampliação da prestação dos serviços públicos, o particular tem interesse em obter a taxa de retorno esperada.⁵⁸

Assim, no intuito de equilibrar a prestação dos serviços e a rentabilidade econômica desejada pelas empresas concessionárias, atuam as Agências Reguladoras, que no caso da energia elétrica é a ANEEL.⁵⁹

Com efeito, o investidor deverá avaliar os riscos da atividade, analisando a celebração do contrato com o Poder Público e as obrigações assumidas, bem como os riscos relacionados com a regulação setorial, que pode ser entendido como à instabilidade das regras setoriais específicas, que podem afetar o resultado dos investimentos.⁶⁰

Assim, a Agência Reguladora atua intermediando os interesses públicos e os particulares dos investidores. Jerson Kelman assim se posiciona:

A sina do regulador é decidir favoravelmente a um grande grupo de pessoas que não se dá conta da existência do processo regulatório e contrariamente a um pequeno grupo que tem total conhecimento e participação no processo.⁶¹

Por outro lado, a defesa da concorrência, a livre iniciativa e a proteção do consumidor foram previstas na Constituição. No que se refere à defesa econômica, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE foi transformado em autarquia federal por meio da Lei nº 8.884/94.

⁵⁸ CAMPOS, Clever. *Curso básico de direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 43.

⁵⁹ CAMPOS, Clever. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone. 2001. p. 47.

⁶⁰ CAMPOS, Clever. Op. Cit. 2010. p. 44.

⁶¹ *Apud.* CAMPOS, Clever. Op. Cit. 2010. p. 44.

Essa lei constituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo CADE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão do Ministério da Fazenda.

Segundo dispõe Ciro Batista (2001, 09):

Assim, o CADE, o SDE/MJ e a SEAE/MF constituem o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições e etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica. A SEAE é responsável por emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais. O CADE tem a atribuição de tomar a decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou SEAE.

O CADE atua preventivamente analisando os atos de concentração, na forma do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 e repressivamente sobre as condutas concorrenciais e sancionando o abuso do poder econômico e as condutas lesivas à ordem econômica.

Segundo o artigo 20 da Lei 8.884/94, constituem infração da ordem econômica os seguintes atos:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 - II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 - III - aumentar arbitrariamente os lucros;
 - IV - exercer de forma abusiva posição dominante.
- § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.
- § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.
- § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Verifica-se que a ANEEL executa a regulação técnica setorial, mas também possui atribuições antitruste, haja vista que possui como atribuição propiciar a efetiva concorrência entre os agentes e impedir a concentração econômica. Contudo, considerando que a criação da ANEEL é posterior ao CADE, a lei

estabelece ainda a articulação com a Secretaria de Direito Econômico no Ministério da Justiça.

A regulação setorial tem por fundamento o princípio da especialidade que é explicado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶²:

A multiplicação das atividades que devem ser desenvolvidas pela Administração Pública demanda cada vez maior eficiência operativa, um desafio lançado no campo da Ciência da Administração, mas que apresenta direta repercussão no Direito Administrativo, inspirando este princípio da especialidade, para adequar meios a fins. É a lei que institui uma especialização e, uma vez que o faça, cada ente, órgão ou agente passa a ter um campo ou setor de ação administrativa que lhe é próprio, visando aos fins nela especificados, vedando-se, em consequência, atuarem na prossecução de qualquer outra finalidade que não a adscrita em sua respectiva regra de competência. Ante essa vedação, nulas seriam quaisquer atividades estranhas à lei instituidora, mesmo se desenvolvidas com manifesto interesse de servir à sociedade ou de apoiar a ação administrativa pública.

(...)

O princípio da especialidade, de caráter substantivo, informa particularmente a distribuição de competências administrativas entre as entidades, órgãos e agentes estatais e, hoje, conotado aos resultados visados pela atividade administrativa, é critério atributivo de poder.

Portanto, há a necessidade de se estabelecerem competências distintas, mas conciliáveis.

No setor elétrico, não há o que se discutir sobre a competência regulatória técnica da ANEEL, que assegura a compatibilidade dos equipamentos, estabelece metas e padrões de qualidade, dentre as outras atuações especializadas. O exercício dessa regulação, parece pertencer naturalmente à agência reguladora. A dúvida se põe sobre a questão do exercício da regulação econômica, que no Brasil é partilhada com o CADE.

A Regulação técnica estabelece normas e metas a serem adotados pelos agentes privados, enquanto a regulação econômica estabelece condições de preços, tarifas e atendimento à demanda dos consumidores.

Ciro Batista, citando Marques, Almeida e Fortes cita que esses doutrinadores (2001, 10):

Definem regulação técnica como sendo “as regras que se destinam a assegurar a compatibilidade entre equipamentos e sistemas, a garantir segurança, a proteção da privacidade e a preservar o

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 103.

ambiente”, enquanto que a regulação econômica abrange o conjunto das medidas destinadas a controlar o monopólio de preços, assegurar níveis apropriados de investimento para propiciar a renovação tecnológica, garantir a proteção do consumidor e definir cláusulas de acesso não discriminatório a redes básicas”.

A atuação regulatória envolve diversos atos, intervindo na formação do mercado, definindo comportamentos dos agentes econômicos e até substituindo ou condicionando a decisão privada. A agência controla, fixa preços, define qualidade, metas de eficiência, define produção, concede subsídios, promove concentrações e desconcentrações, sempre imbuída do propósito de atingir o bem estar social e buscar a eficiência de mercado.⁶³

Já a regulação antitruste atua na esfera da concorrência, atuando preventiva, repressiva e educativamente contra o abuso do poder econômico, evitando que a influência de agentes econômicos restrinja atividades econômicas.⁶⁴

A regulação da concorrência pode ser preventiva ou reativa. A preventiva busca promover a concorrência de modo a estimular o funcionamento das regras de mercado enquanto a regulação reativa se dá no controle das concentrações, sobre eventual abuso da posição dominante do mercado.⁶⁵

A maior dificuldade é distinguir a regulação econômica setorial da regulação antitruste.

3.3) A regulação concorrencial no setor elétrico

Especificamente no que se refere à fiscalização antitruste no setor elétrico, conforme dito anteriormente, a ANEEL possui atribuições de defesa da concorrência do setor que regula, estabelecendo inclusive o artigo 3º da Lei nº 9.427 que ela deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça.

Até o momento, aparentemente, a competência entre CADE e ANEEL parece ser complementar. Atendendo o disposto na lei de criação da ANEEL e no Decreto nº 2.335/97 em seu artigo 13, parágrafo único: “A ANEEL celebrará convênios de cooperação com a Secretaria de Direito econômico do Ministério da

⁶³ BATISTA, Ciro Antônio Seabra. *Op. Cit.* 2011. p. 11.

⁶⁴ BATISTA, Ciro Antônio Seabra. *Op. Cit.* 2011. p. 11.

⁶⁵ BATISTA, Ciro Antônio Seabra. *Op. Cit.* 2011. p. 11.

Justiça e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais”.

Dessa maneira, a ANEEL e a SDE celebraram termo de compromisso em 1998, que visava “estabelecer sistemática de cooperação técnica e operacional, voltada para a observância da proteção e defesa do consumidor e da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”.

Por este instrumento, as partes apenas se comprometeram a desenvolver estudos para subsidiar futuras ações na defesa da concorrência. Ademais, à ANEEL caberia a análise prévia à SDE.

Celebrou-se também um termo de compromisso entre SEAE e ANEEL, que segundo Marçal Justen Neto, restringe-se a discutir efeitos anticompetitivos decorrentes da regulação do setor, contudo não solucionava a repartição de competências conquanto dispunha a obrigação de “consolidar conceitos e procedimentos no que diz respeito à análise de processos administrativos relativos a condutas anticoncorrenciais e atos de concentração no setor de energia elétrica”.

Finalmente, celebrou-se também termo de compromisso entre CADE e ANEEL no qual se estabelecia que seriam promovidos estudos acerca da legislação aplicável à defesa concorrencial no setor elétrico.

Em 2010, ANEEL, CADE, SDE E SEAE celebraram novo termo de compromisso unificando e substituindo todos os anteriormente celebrados. Por meio desse instrumento reafirmou-se o compromisso de desenvolver atividades em conjunto, que porventura visem a identificar e coibir o cometimento de irregularidades na prestação dos serviços e eventuais abusos do poder econômico no setor elétrico, prevendo inclusive a realização de seminários, *workshops*, palestras e reuniões.

O termo de compromisso estabelece ainda procedimentos para atingir o objetivo de reprimir as infrações à ordem econômica, definindo ainda que em caso de solicitação de conselheiro do CADE, a ANEEL indicará representante para acompanhamento do processo junto ao CADE, prestando informações e esclarecimentos necessários.

No que se refere ao controle dos atos de concentração, o artigo 54, §4º da Lei nº 8.884 estabelece que:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou

resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 4º 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.

Diante dessa determinação legislativa, o entendimento de que prevalece é o de que não pode ser afastada por deliberação entre as partes.

A clausula 5ª do termo de compromisso dispõe que:

Cláusula Quinta – Do intercâmbio de outras informações
Resguardado o sigilo das informações que assim o exigirem, no âmbito do presente TERMO DE COMPROMISSO, a ANEEL enviará aos signatários, quando solicitada, estimativas preliminares e os resultados finais dos índices de reajustes e/ou revisões tarifárias homologadas pela Agência, objetivando subsidiar estudos e projetos de impacto econômico nos índices inflacionários.
Em contrapartida, será dada ciência prévia à ANEEL dos resultados dos referidos estudos e projeções.

Dessa maneira, pode se interpretar que a atuação da Aneel restringe-se a fornecer subsídios técnicos para a análise econômica, que será feita pelo CADE e que embora as manifestações da agência reguladora não tenham caráter vinculativo, são tão relevantes que só pode ser afastadas motivadamente.

Para Salomão Filho, essas tentativas de interação ainda são insatisfatórias, pois “a ANEEL emite pareceres sobre atos de concentração submetidos ao CADE, sem prejuízo de que a SEAE e SDE façam o mesmo. Trata-se de um típico exemplo de duplicação de trabalho e má utilização de recursos públicos, causadas pela indefinição no relacionamento entre sistema regulamentar e concorrencial”.⁶⁶

Por seu turno, Luciano Sotero entende que à ANEEL somente foram conferidos poderes para zelar pela defesa da concorrência:

A respeito da relação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a ANEEL, o CADE já decidiu o seguinte: Cabe à ANEEL tão-somente a função de zelar pela lei de defesa da concorrência, devendo monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, podendo, inclusive, se conveniente for, estabelecer restrições, limites e condições apenas quanto à obtenção de transferência das concessões, permissões e autorizações, à concessão societária e à realização de negócios entre si, não mencionando a lei instituidora da ANEEL qualquer poder à mesma (sic) no intuito de promover a

⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 252 e 253.

prevenção e repressão à infrações contra a ordem econômica, ou mesmo excluindo o CADE de promovê-la.

(...)

O artigo 54 da Lei nº 8.884/94 deixa claro que não existem exceções nem casos específicos que retirem do CADE a competência para conhecer dos atos de concentração, mesmo quando seus efeitos são confirmados no âmbito de setores regulados, como é o caso do setor elétrico”.⁶⁷

Assim, nos termos do artigo 3º, incisos VIII e XIII da Lei 9,427, todos os atos em que configurarem grupo societário dependem de anuência prévia da ANEEL, porém apenas os economicamente relevantes, ou seja, aqueles que envolverem empresas ou grupo de empresas cujo faturamento tenha ultrapassado equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) seriam submetidos ao CADE.

Diante dessa sobreposição de competências, é defensável também que algumas competências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC foram transferidas para a ANEEL, sem isentar a aplicação da lei antitruste ao setor elétrico.

A composição da competência setorial e concorrencial apresenta as seguintes possibilidades: ou as atribuições setoriais são extensas o bastante para afastar outra atribuição ou são suficientemente profundas, possuindo a própria autoridade setorial competência para análise concorrencial.⁶⁸

Com efeito, o artigo 15 da Lei nº 8.884/94 determina ampla incidência das regras da lei indistintamente a pessoas jurídicas de direito público ou privado.

E comprovando a interação entre as regulações, o art. 7º, X, Lei 8.884/94 estabelece a permissão para requisitar medidas para o cumprimento da lei.

Ora, como visto, a ANEEL também possui competência para regulação econômica no setor elétrico, contudo o CADE também tem atuado no setor, tendo salutar parcimônia de acordo com a Teoria do Poder Amplo mencionada anteriormente.

Ruy Santacruz, citado por Aragão (2009, p.3) assim se posiciona sobre a duplicidade de regulação:

Cabe a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a

⁶⁷ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podivm, 2008. p. 391 e 392.

⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Competências Antitruste e Regulações Setoriais*. Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. V. 16, p. 29, Jan 2009.

estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado.

Já sobre a atuação do CADE sobre eventual regulação setorial em dissonância com seus preceitos, a conselheira Helena Salgado e Silva defende que:

Ainda que se trate de legislação que contrarie preceitos constitucionais, prejudicando consumidores e influenciando as condições do mercado, não compete ao CADE o exercício de qualquer poder de constrição sobre o ente público do qual emane o ato de Estado. Goza o CADE, porém, de competência acessória para solicitar à Autoridade a adequação da norma legislativa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inclusive encaminhando-lhe minuta de possível diploma substitutivo, bem como para formular representação junto ao Ministério Público visando a anulação do preceito legal.⁶⁹

Diante disso, conclui Aragão (2009, p. 4):

Portanto a competência para delinear os contornos do setor e definir normas gerais é da regulação setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar na prática a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve, com efeito, ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial.

Conforme se observa nos julgados do CADE, esse tem por praxe basicamente apenas oficiar a outros órgãos ou entidades a fim de que tomem providências, no âmbito de suas competências, para conferir efetividade ao princípio da livre concorrência. Como providência relativamente direta do próprio CADE não seria de se excluir, de acordo com a sua jurisprudência, apenas a propositura de ação civil pública por sua própria Procuradoria contra a regulação anticoncorrencial, o que, todavia fica também dependente, por óbvio, da decisão judicial a ser proferida. Do contrário, teríamos, paralelamente ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos pelo STF, um impensável controle abstrato pelo CADE, da compatibilidade com a Lei 8.884 de leis e atos normativos.

No caso específico dos serviços de energia elétrica que são concedidos por meio da participação vitoriosa em procedimentos licitatórios, há autores que defendem que em sendo o critério de preço estabelecido no leilão que resulta no contrato de concessão, às autoridades de defesa da concorrência caberia emitir opinião sobre o próprio contrato de concessão. Ou seja, a atuação concorrencial deve ser feita sobre o preço máximo da concessão.⁷⁰

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. Cit.* 2009. p.4.

⁷⁰ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 154.

Nesse sentido, Aragão (2009, p. 5) defende que mesmo que se aplique a universalização à prestação do serviço, na formação do certame devem ser aplicados os princípios concorrenciais, assegurando que à margem das atuações exclusivas, as demais atividades correlatas sejam exploradas de modo a garantir a concorrência.

Ora, nos ambientes em que a concorrência não é plena, como nos setores regulados de serviços concedidos, o regulador não pode agir alheio à política concorrencial, tampouco a autoridade antitruste ignorar a política setorial.⁷¹

Portanto, Aragão (2009, p. 5) afirma que os contornos e normas gerais é competência do regulador setorial, a quem cabe inclusive a publicação de editais e contratos de concessão. Nesses setores, a atuação do CADE deve ser excepcional ao reprimir abusos de poder econômico, respeitado o arcabouço setorial e as decisões anteriormente tomadas. Ainda que elas restrinjam ou excluam a concorrência, na hipótese de terem sido razoavelmente tomadas.

E finaliza o autor:

Será na franja de atividades submetidas à concorrência deixada pelo regulador setorial que, nesses setores o CADE terá seu âmbito de atuação por excelência. Em outras palavras, desde que atendido o princípio constitucional da proporcionalidade, cabe à regulação setorial definir o espaço de concorrência existente no setor (por exemplo, em quais atividades dele integrantes há liberdade de entrada no mercado, e quais delas estão sujeitas a concessão com direito de exclusividade), e será, se observada a proporcionalidade, apenas dentro desse espaço que o direito antitruste e as autoridades encarregadas da sua aplicação atuarão.

(...)

Do contrário, basta imaginarmos quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito da concorrência, suspender uma licitação, anular uma Resolução da ANATEL ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência

⁷¹ CORDOVIL, Leonor. Regulação e concorrência no setor elétrico: a parceria entre autoridades *Regulação do Setor Elétrico*. Tomo II. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 369.

3.4) A atuação concorrencial da ANEEL

Conforme dito anteriormente, a ANEEL possui entre suas atribuições incentivar a concorrência, acompanhar as práticas de mercado e coibir o abuso do poder econômico.

Diante disso, há Resoluções emanadas pela ANEEL destinadas ao cumprimento dessa finalidade.

Exemplificativamente, a Resolução nº 334/2008, regula o controle prévio e a *posteriori* dos atos e negócios jurídicos realizados entre concessionárias, permissionárias e autorizadas e suas partes relacionadas. Nesse sentido, conceitua como partes relacionadas, para efeitos dessa resolução, os controladores, sociedades controladas ou coligadas e as controladas ou coligadas de controlador comum às concessionárias, permissionárias e autorizadas.

Essa análise e fiscalização se faz importante considerando a nova realidade do mercado de energia elétrica, em que se permite a atuação de conglomerados empresariais, de modo a prevenir a atuação cartelizada de grupos econômicos causando falha na defesa da concorrência no setor, que já possui dificuldades de atuação concorrencial.

Outro exemplo, é a minuta de resolução normativa que está em fase de análise das contribuições encaminhadas por meio de trocas de documentos na audiência pública nº 65/2011, que publicou minuta de resolução que estabelece procedimentos a serem adotados por concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica para obtenção de anuência à transferência de controle societário. Essa minuta e resolução visa alterar a Resolução nº 149/2005, que já previa procedimentos para análise de transferência de controle societário, uma vez que os próprios contratos de concessão e a lei de concessões determinam que não haverá transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem a prévia anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão.

Essa imposição se justifica uma vez que a concessão, como dito anteriormente, tem natureza contratual, dessa maneira, alterando uma das partes, a outra deve estar ciente. Ademais, a preocupação com a titularidade da concessão tem fundamento na necessidade de fiscalização da empresa concessionária e em prol da eficiente prestação do serviço. Ocorre que analisando a documentação

necessária para o requerimento de anuência de transferência societária, percebe-se que a análise da ANEEL vai além da análise regulatória setorial, abarcando a análise econômica das partes envolvidas.

Conforme dito anteriormente, a resolução ainda está em fase de análise das contribuições enviadas. Dessa maneira, deve-se aguardar a efetiva publicação do texto definitivo da Resolução para confirmar seu alcance.

Finalmente, foi publicada em 01.11.2011 e retificada em 02.12.2012 a Lei nº 12.529, que ainda está no período de *vacatio legis* e que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem pública. Verifica-se que essa lei trará importantes alterações na defesa da concorrência. Aqui não será feita uma análise das alterações que serão implementadas, pois esse não é o objeto do presente trabalho, portanto aqui serão apontadas apenas algumas alterações significativas que influenciam na composição da competência regulatória com a concorrencial.

A Lei nº 8.884 estabelecia em seu artigo 7º que competia ao plenário do CADE a requisição de informações a quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções, esclarecendo o artigo 15 que a lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

No que se refere à aplicabilidade, a Lei nº 12.529 não trouxe alterações, mantendo a ampla aplicação. Manteve também a competência para requisição de informações, contudo, o artigo 9º, §3º trouxe uma novidade, ao estabelecer que “as autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”.

Verifica-se assim que a troca de informações tomou outra proporção, haja vista que o envio de prestar assistência poderá gerar responsabilidade daquele que agir de maneira desidiosa e não prestar a colaboração solicitada.

O artigo 19, I define como competência da Secretaria de Acompanhamento Econômico “opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas”

Aqui novamente, verifica-se importante novidade legislativa, pois os atos normativos serão submetidos à análise da SEAE. Contudo, considerando que o artigo estabelece que compete à SEAE opinar sobre os novos atos normativos e sobre pedidos de revisão tarifária, resta aguardar para verificar o alcance da opinião da secretaria, que, no meu particular entendimento, não pode ser vinculativo, sob pena de violar a independência e autonomia das agências reguladoras, que ainda que controversa, possuem atividade normativa⁷².

O artigo 90, da nova lei define o que são atos de concentração aptos a serem submetidos ao CADE, por seu turno, o parágrafo único da nova lei define que “não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

Aparentemente, dessa inclusão, cria-se uma isenção concorrencial dos atos de concentração que ocorrerem entre empresas cujo objeto tenha sido outorgado por meio de licitações, assim, as alterações societárias dessas empresas será submetida apenas à anuência prévia do regulador, tal como disposto na Lei de Concessões. Entendo, dessa maneira, que haverá a necessidade de atuação mais efetiva do agente regulador na defesa da concorrência, devendo a agência reguladora estreitar a comunicação interna entre suas secretarias econômicas, financeiras e técnicas.

Em resumo, diante dessas relevantes alterações legislativas que ainda estão no período de *vacatio legis*, a questão que se põe é se está afastada a aplicação do SBDC sobre os atos regulados, questiona-se se com isso seria a verdadeira incidência da Teoria do Poder Amplo, segundo o qual a amplitude da atuação setorial seria suficiente para afastar a regulação concorrencial.

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros: São Paulo, 2006. p. 335.

Ademais, será necessário avaliar se a ANEEL, agência reguladora do setor elétrico terá competência e estrutura para aprovar os atos de concentração, realizar a regulação setorial técnica e também avaliar os impactos desses atos sobre a política concorrencial. Sabe-se que a complexidade da duplicidade de atuação nos setores regulados causa insegurança aos que se submetem às regras regulatórias, contudo, caberá avaliar se a transferência da análise concorrencial e econômica do SBDC para a ANEEL é a melhor alternativa.

CONCLUSÃO

Analisando os capítulos desenvolvidos nesse trabalho, considerando a intervenção do Estado na Ordem Econômica e a dificuldade da prestação direta dos serviços, conclui-se que a transferência da prestação para a iniciativa privada foi inexorável, o que gerou a necessidade de uma fiscalização mais efetiva no sentido de garantir a prestação adequada dos serviços.

Contudo, com a regulação setorial específica, surge o conflito entre as atribuições concorrenciais genéricas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as atribuições da agência reguladora do setor elétrico, no caso a ANEEL.

Com efeito, em se tratando de atos de concentração, nos quais figuram empresas concessionárias, parece que o afastamento da avaliação do CADE não é tão prejudicial, haja vista que as concessionárias já são reguladas pelos contratos de concessão, que estabelecem condições econômicas de prestação dos serviços. Ademais, presume-se que em sendo a outorga realizada por meio da participação vitoriosa em certame licitatório, houve uma garantia da concorrência antes do ato de concessão. Assegurada pela ampla competitividade buscada pelos certames licitatórios.

Ora, se à prestação de serviço, permanecer a observância dos princípios de eficiência, universalidade, continuidade e modicidade tarifária, não vislumbro impedimento a celebração de atos de concentração. Contudo, não bastará que o ato não prejudique o consumidor, deve ser demonstrado também que aquele ato de concentração ou outro que aparentemente viole a defesa da concorrência ou possa isoladamente caracterizar-se como abuso do poder econômico seja revertido em benefício da prestação do serviço, seja melhorando a eficiência em função de eventual utilização de tecnologias mais modernas, seja pelo possível impacto sobre a modicidade tarifária ao resultar em eficiência econômica, que somente se justificam se repassadas aos consumidores finais.

Repise-se que não se trata de ignorar as regras concorrenciais, pois não há que se negar a importância da atuação em defesa da concorrência. As decisões devem ser tomadas com base em políticas setoriais desde que não importem em desatendimento total das regras de concorrência, pois ainda que exercida pela Agência Reguladora setorial, no caso a ANEEL, as regulações concorrenciais e técnicas devem ser complementares e não excludentes.

Em outras palavras, na hipótese de a ANEEL assumir a ampla regulação do setor elétrico, atuando também na defesa da concorrência, não bastará a alteração legislativa. Na realidade, a alteração mais importante deverá ser feita internamente na Agência Reguladora de forma a dotá-la de estrutura, capacidade e conhecimento para assumir a regulação concorrencial, haja vista que dela será a competência de atuar contra o abuso do poder econômico.

Conclui-se assim que, atos que isoladamente poderiam ser tidos como abuso do poder econômico ou atos de concentração, se realizados por empresas concessionárias que receberam suas outorgas por meios de licitações da administração pública, devem ser avaliados não apenas sob a ótica concorrencial, mas de acordo com a política setorial vigente.

REFERÊNCIAS

- ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito de energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Competências Antitruste e Regulações Setoriais*. Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. V. 16, p. 29, Jan 2009.
- BATISTA, Ciro Antônio Seabra. *Regulação e concorrência no Brasil: Complementaridade, conflitos e competência nas leis das agências reguladoras e na lei antitruste*. Especialização em controle da Regulação. TCU: Brasília 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In. LANDAU, Elena (coord). *Regulação do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – Controvérsias Constitucionais e procedimentos possíveis*. In *Livro de teses do XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado*.
- CALDAS, Geraldo Pereira. *As concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da Legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Gabriel Luiz de. *Sociedade de propósito específico. Natureza e aplicação*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1626, 14 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10756>>. Acesso em: 24 abr. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.
- CAMPOS, Clever. *Curso básico de direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 43.
- _____. *Introdução ao Direito de Energia Elétrica*. São Paulo: Ícone. 2001.
- CORDOVIL, Leonor. *Regulação e concorrência no setor elétrico: a parceria entre autoridades Regulação do Setor Elétrico*. Tomo II. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. Ed. Malheiros: 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN NETO, Marçal Justen. *Defesa da concorrência no setor de energia elétrica – o termo de compromisso institucional entre ANEEL, CADE, SDE E SEAE*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 42, agosto 2010. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>, acesso em 26/03/2012.
- LANDAU, Elena e SAMPAIO, Patrícia. *Introdução: O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória*. In *Regulação do Setor Elétrico*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- MARTINS, Ligia Maria Cabral et all. *Panorama do setor de energia elétrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro da memória da eletricidade no Brasil, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REGO, Erik Eduardo. *Aspectos Regulatórios e financeiros nos leilões de energia elétrica: a lição das usinas "botox"*. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Regulação da Atividade Econômica, Princípios e Fundamentos Jurídicos*. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica. In LANDAU, Elena (coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico, Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podivm, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1997.

_____. *Licitação para Produção de Energia Elétrica e Licença Ambiental*. In http://www.geodireito.com/_admDireito/Mod-Biblioteca/Arquivos/PRODU%C3%87%C3%83O%20INDEPENDENTE%20DE%20ENERGIA%20E%20LICEN%C3%87A%20AMBIENTAL.pdf acesso em 01/04/2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. (coord.) *Direito Administrativo Econômico*. Malheiros: São Paulo, 2006.