

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Alessandra Krüger

**Liberalização do Setor de Energia Elétrica na União Europeia  
e Contribuições à Experiência Brasileira**

Porto Alegre  
2014

Alessandra Krüger

**Liberalização do Setor de Energia Elétrica na União Europeia  
e Contribuições à Experiência Brasileira**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre  
2014

Alessandra Krüger

**Liberalização do Setor de Energia Elétrica na União Europeia  
e Contribuições à Experiência Brasileira**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior – Orientador

---

Prof. Dr. –

---

Prof. Dr. –

---

Prof. Dr. –

***Ao meu pai, meu eterno amor.***

**Agradeço à minha mãe, Anete,  
e ao meu irmão Gustavo,  
pelo apoio, sempre,  
e pelo amor incondicional.**

## RESUMO

O presente trabalho é focado na liberalização do setor de energia elétrica ocorrida na União Europeia, sendo estudado como foi esse processo de abertura à concorrência, qual a disciplina atualmente vigente, e quais as perspectivas de regulação desse mercado. Para a concretização do projeto do mercado interno é essencial o funcionamento ótimo deste setor vital e a criação de um mercado a nível unional para esses serviços. Por esta razão, esforços vêm sendo empreendidos para aprimorar a disciplina do setor no bloco. Pela importância do tema e problemas da inserção deste setor na perspectiva concorrencial também no cenário brasileiro, escolheu-se o estudo do caminho percorrido pela União Europeia em busca de eventuais contribuições. Questionamento principal do trabalho é a eficiência da regulação setorial para a abertura do mercado, e se sua evolução, na União Europeia, permitiu uma redução da concentração do mercado e benefícios tanto econômicos como não econômicos. É demonstrado no trabalho que, mesmo com a intensa regulação setorial inserida nesse mercado, há espaço para a aplicação concomitante do direito da concorrência. Para o Brasil, esta experiência demonstra a complementaridade do direito regulatório e do direito da concorrência e a importância de uma atuação proativa da autoridade de concorrência neste setor. Ressalta o presente estudo os benefícios da inserção da concorrência no setor de energia elétrica e a possibilidade de manutenção desta ao lado das garantias necessárias aos consumidores e outras obrigações de serviço público, como preços médios, segurança no abastecimento e incentivos às fontes renováveis.

Palavras-chave: Energia elétrica, União Europeia, Regulação Setorial, Direito Comunitário da Concorrência.

## **ABSTRACT**

This study is focused on the liberalization of the energy sector in the European Union, with an analysis of the process of the introduction of competition into this market, as well as of the current regulatory framework and of the prospects for its treatment in the future. The functioning of this vital sector and the creation of a Union-wide energy market is essential for the achievement of the internal market project. For this reason there has been so much effort applied on the improvement of this sector's regulation. Considering the importance of the subject and the problems on the liberalization of the energy sector experienced in Brazil, the study searches for contributions in the successive stages of gradual reforms verified in the European Union. The main question of this assignment is whether sector specific regulation is efficient for the opening of the markets and whether its gradual reforms allowed a decrease of the market's concentration and introduced any economic and non-economic benefits. This analysis shows that, even with intense regulation on the market, there is still room for the enforcement of competition law besides sector specific rules. For Brazil, this experience demonstrates the complementarity of sector specific regulation and competition law, as well as the importance of the enforcement of competition rules by the competition authorities. The study emphasizes the benefits of inserting competition in the energy sector and the possibility to maintain it side by side with consumer protection and other service public obligation, such as fair prices, secure supply and incentives for renewable energy sources.

Key words: Electricity, European Union, Sector Specific Regulation, European Competition Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
-----------------	----

### **1. NOÇÕES GERAIS DA LIBERALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA**

A. Introdução ao tratamento dos serviços de energia elétrica na União Europeia e no Brasil.....	16
B. Quebra de antigos monopólios e inserção de empresas públicas ou com direitos especiais no regime de concorrência.....	35
C. Evolução do conceito de serviços de interesse econômico geral.....	54

### **2. MARCO REGULATÓRIO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA NA UNIÃO EUROPEIA**

A. Início da abertura do setor de energia elétrica com o primeiro pacote de medidas de liberalização.....	67
B. Estabelecimento de fóruns para cooperação sob a égide do segundo pacote de medidas de liberalização.....	85
C. Quadro atual no setor de energia consolidado pelo terceiro pacote de medidas de liberalização.....	103

### **3. SOLUÇÃO ENCONTRADA PARA O SETOR: VANTAGENS DO CONTROLE DO SETOR PELA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA**

A. Efetividade do controle concorrencial no setor de energia.....	134
---	-----

B. Atuação proativa da Comissão Europeia na liberalização do setor.....	143
C. O compartilhamento de competências entre autoridade reguladora e autoridade de concorrência: contribuições à experiência brasileira.....	158
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>168</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>172</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende investigar a evolução econômica e mercadológica ocorrida no setor de energia elétrica na União Europeia, setor base no bloco e objeto de incessantes preocupações e tentativas de otimização, ante a escassez de recursos. Embora a liberalização tenha ocorrido em mesma medida no setor de telecomunicações, a título de exemplo<sup>1</sup>, verifica-se um oferecimento de maior resistência de parte dos atores tradicionais no setor energético à sua entrega à concorrência<sup>2</sup>. E este não é somente o cenário da União Europeia.

O setor elétrico brasileiro enfrenta dificuldades semelhantes de acesso a novos produtores de energia, de centralização do controle do mercado nas mãos do Governo Federal, e de mudanças constantes na legislação vigente, que desincentivou investimentos no setor. Há, igualmente, confusão entre a atuação da agência setorial e a atuação da autoridade de concorrência, o que gera insegurança<sup>3</sup>. A identificação de semelhante dificuldade de otimização no funcionamento deste setor, no Brasil, justifica uma

---

<sup>1</sup> Sobre a liberalização no setor de telecomunicações, ver: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>2</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório sobre a Política de Concorrência 2012*. Bruxelas, 7.5.2013. COM (2013) 257 final.

<sup>3</sup> JUSTEN NETO, Marçal. Defesa da concorrência no setor de energia elétrica - o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 42, agosto 2010, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>>, Consulta em 20/08/2013.

investigação no âmbito unional<sup>4</sup> sobre como foi procedida lá a abertura de mercado no setor. Pretende-se questionar, assim, a adaptação do setor ao regime de livre concorrência, bem como se os benefícios aos consumidores justificariam o regime de controle exigido para seu funcionamento.

A escolha pela investigação sobre as condições de concorrência no bloco fez-se, primeiramente, pelo longo histórico de fortalecimento da política de concorrência da União Europeia. A liberalização no bloco envolve a coordenação de esforços e a consideração de mercados de 28 países e suas peculiaridades, o que torna seus institutos mais abrangentes e eventualmente passíveis de serem transpostos igualmente para outras realidades jurídicas, muito embora não sugira o presente estudo a importação pronta de modelos. A União Europeia reconhecidamente busca o constante reforço das estruturas concorrenciais, entendidas como benéficas aos interesses finais dos cidadãos, e é por esta razão válido o conhecimento do caminho lá trilhado para implementação de um mercado de energia aberto à concorrência.

O setor é estratégico para a economia dos países, diretamente, em razão do grande número de empregos gerados, da dimensão dos capitais mobilizados, dos recursos naturais estratégicos utilizados na indústria elétrica, e do volume econômico-financeiro que movimenta continuamente, dentre outros fatores. Mas, principalmente, há de se considerar a importância intrínseca da utilidade produzida, da energia elétrica. Pode-se hoje seguramente dizer ser a energia elétrica um elemento constitutivo da sociedade e do Estado moderno, sem a qual suas instituições econômicas e políticas materialmente não funcionariam.

---

<sup>4</sup> Embora muitos autores refiram-se a “direito europeu” como aquele originado na União Europeia (em especial autores alemães), cuida-se no presente para se utilizar o termo “direito comunitário” como aquele originado antes do Tratado de Lisboa e “direito unional” como o atual, adotando-se, assim, a nomenclatura dos autores Augusto Jaeger Junior e Carl Friedrich Nordmeier: JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. *Comunitarização do Direito Internacional Privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico*. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo (Orgs.). *Direitos fundamentais e cidadania: a busca pela efetividade*. Campinas: Millennium, 2013. p. 131-156.

O questionamento principal do presente estudo é a eficiência da regulação setorial para a abertura de mercado, e se sua evolução permitiu uma redução da influência no mercado (e nos preços) dos antigos detentores de monopólios nos Estados-Membros, ou se, na matéria, a atuação das autoridades de concorrência seria mais desejável. Igualmente, busca-se analisar se a liberalização pela regulação favoreceu outros objetivos da União, além da liberdade de concorrência, como a segurança no fornecimento e a proteção ao meio ambiente, preocupações estas mais recentes e que caminham juntamente com a política econômica.

O método utilizado na pesquisa foi o indutivo, dentro de uma análise teórica qualitativa de bibliografias, conjugado com a investigação dos efeitos práticos da disciplina do setor, propiciada pela análise dos documentos e dados oficiais do bloco e das conclusões dos próprios órgãos unionais sobre o tema. Em relação ao marco teórico, a pesquisa utilizou-se precipuamente de obras estrangeiras, já que não foram encontradas obras nacionais específicas sobre essa realidade setorial unional. Neste sentido, foram privilegiados autores como Peter Cameron<sup>5</sup> e Burkard Eberlein<sup>6</sup>, cujos estudos são especificamente detidos no tema em questão.

Relativamente à realidade do setor elétrico brasileiro, para fins comparativos, serviu de marco teórico a obra organizada por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro e Marcus Faro de Castro<sup>7</sup>, em razão da sua abrangência temática e visão crítica. Por não ser o objeto principal do presente estudo, a investigação da realidade do setor no Brasil se dá de modo menos abrangente, buscando-se tão somente permitir contraposições pontuais dos dois modelos, sem a pretensão, porém, de buscar o mesmo aprofundamento da análise do setor na União Europeia, foco do estudo.

---

<sup>5</sup> CAMERON, Peter (Org.). *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005.

<sup>6</sup> EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 59-85.

<sup>7</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010.

Para possibilitar o estudo da temática proposta, o trabalho é dividido em três frentes, iniciando-se pela explanação dos fundamentos jurídicos da liberalização procedida no setor de energia à concorrência, com o estudo ainda dos principais aspectos econômicos e terminológicos envolvidos no setor, de modo geral, servindo para uma compreensão inicial tanto da realidade unional quanto da brasileira. Objetivo desse capítulo introdutório é justamente possibilitar a compreensão das peculiaridades deste setor. Segue uma análise descritiva do viés regulatório, com o que é analisada a evolução legislativa no âmbito do setor elétrico até o quadro regulatório atual, e uma análise investigativa dos benefícios advindos da regulação do setor e problemas ainda subsistentes. Por fim, passa-se à análise da aplicação, ao setor, do direito concorrencial, procedendo-se, assim, a uma análise valorativa e buscando-se uma visão em perspectiva da atuação das autoridades europeias na matéria.

O primeiro capítulo inicia com uma investigação do funcionamento do setor de energia elétrica, das atividades econômicas nele envolvidas, trazendo-se uma breve esquematização também do funcionamento do setor no Brasil, a fim de possibilitar uma posterior comparação de modelos, ao longo do estudo. Segue o capítulo com uma análise do artigo 106 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), norma esta de crucial importância para a compreensão da liberalização, porquanto fundamento jurídico da imposição da concorrência ao setor. Investigam-se ainda as razões da opção do bloco pela introdução da concorrência através de acirrada regulação setorial. Por fim, passa-se a uma análise dos serviços de interesse econômico geral para a compreensão das peculiaridades que caracterizam o setor, tomando-se, para além de todos os documentos oficiais do bloco no tema, como marco teórico a tese doutoral de Bibiana Graeff Chagas Pinto<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> PINTO, Bibiana Graeff Chagas. *La gestion des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau: etude comparée en droit français et brésilien*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

No capítulo segundo, são aproveitadas essas considerações para traçar a evolução dos serviços de interesse econômico geral no bloco comunitário em sua liberalização e inserção no regime e concorrência, passando-se a tratar especificamente do viés regulatório, em toda a extensão de seu trato legislativo, até análise do quadro regulatório atual. Para tanto, utilizou-se como ponto de partida os incontáveis documentos oficiais e legislativos na matéria publicados no bloco, bem como as investigações setoriais conduzidas pelas próprias autoridades unionais para análise dos resultados dessa abertura do mercado pela regulação.

Busca-se, assim, já esboçar uma resposta ao questionamento principal da investigação, nomeadamente, porque se preferiu uma maior intervenção regulatória para a consolidação da concorrência e se esta é a tendência a longo prazo, ou apenas uma maneira de lograr-se instalar um cenário propício de abertura de mercado para, então, levantar-se o marco regulatório. Pontualmente faz-se referência às similitudes ou dos contrastes com o modelo brasileiro, de modo a possibilitar o aproveitamento das experiências do bloco para estudo dos problemas pátrios.

No último capítulo, promove-se a investigação sobre o controle atual dos agentes de mercado, com enfoque no controle por meio do direito da concorrência, até recentemente desconhecido para os atores deste setor. Pretende-se comparar a abordagem das duas políticas, e sua eventual complementaridade, questionando-se, ainda, a possibilidade (e, neste caso, os benefícios) de o controle concorrencial substituir, pelo menos parcialmente, o controle *ex ante* pelas autoridades regulatórias. Da trajetória de liberalização deste setor na União Europeia almeja-se, assim, extrair ideias ao tratamento do setor pelo direito brasileiro. Muito embora não seja o escopo primeiro do estudo, pretende-se buscar na experiência estrangeira sugestões para incrementar o debate sobre possíveis mudanças no tratamento dessas atividades no âmbito nacional.

## **1. NOÇÕES GERAIS DA LIBERALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA**

Nesse capítulo serão exploradas as especificidades do setor de energia elétrica, explanando-se o funcionamento e a divisão das atividades do setor. Será apresentada no início deste trabalho uma breve explicação do funcionamento deste setor no cenário brasileiro para, então, ingressar-se na disciplina do mesmo na União Europeia. Com isto, busca-se permitir o aproveitamento, ao longo do estudo, de lições oriundas do processo evolutivo experimentado por esse bloco, analisando-se a sua aplicabilidade ou não ao modelo brasileiro.

Após uma visão geral das atividades envolvidas nesse setor, passa-se a um estudo focado na liberalização desses serviços na União Europeia, iniciada na década de noventa. Busca-se a motivação para a liberalização e a base normativa para a sua concretização. Passa-se, então, pelo conceito e pela disciplina legal dos serviços de interesse econômico geral, dentre os quais as diversas atividades envolvidas no abastecimento de energia elétrica se incluem.

A intenção do presente capítulo é buscar as bases e o início do processo de liberalização no setor, para compreender-se, após, as dificuldades sentidas nesse processo, alegadamente mais intensas do que em outros

setores que percorreram o mesmo caminho<sup>9</sup>. O conhecimento da disciplina dos serviços de interesse econômico geral é o cerne para a visualização da situação atual do setor e das perspectivas, uma vez que, conforme será visto, o ganho da liberalização é melhor visualizado em termos de garantias aos cidadãos, do que em termos propriamente econômicos.

Investigam-se, no presente capítulo, as razões da opção do bloco para a escolha pela introdução da concorrência através de acirrada regulação setorial, quando ainda inexistente qualquer atuação das autoridades de concorrência no setor.

### **1.A. Introdução ao tratamento dos serviços de energia elétrica na União Europeia e no Brasil**

No presente tópico pretende-se sintetizar a lógica do funcionamento dos setores de base após o movimento de liberalização experimentado em escala global de diversos serviços antes considerados monopólios naturais. Não obstante seja foco do presente trabalho o funcionamento do setor de energia elétrica na União Europeia, a fim de possibilitar-se a extração de eventuais lições daquele sistema ao brasileiro, parte-se de uma esquematização genérica, a qual procura explanar o funcionamento (em linhas gerais) desta atividade econômica para uma e outra realidade, no que são coincidentes.

A reforma econômica perpetrada ao longo da década de noventa em diversos Estados, marcadamente nos da União Europeia e em alguns países latino-americanos, dentre eles o Brasil, consumou a diminuição da participação direta do Estado no domínio econômico e a desmonopolização

---

<sup>9</sup> MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 658. Nestes quesitos, conforme salientam esses autores, mesmo o setor de telecomunicações experimentou uma concorrência não controlável por institutos jurídicos que acabou conduzindo a uma abertura fática de mercado, o que não se verificou no setor de energia, espontaneamente.

de empresas estatais. Promoveu, ademais, a concessão de serviços de interesse comum, até então prestados diretamente, a particulares. Assim, ao deixarem os Estados o seu papel de prestadores, de provedores<sup>10</sup>, adquirido no âmbito do Estado Social, necessitavam estes criar estruturas adequadas a controlar a prestação das utilidades as quais delegavam.

Esse contexto marcou a ascensão da regulação econômica setorial, no intuito de permitir a criação de concorrência e o incentivo a investimentos privados nos setores de base, os quais economicamente os Estados perdiam forças para financiar sem recursos privados<sup>11</sup>. A necessidade, porém, alia-se à ideologia de mercado, passando-se a buscar o estabelecimento de concorrência no âmbito desses serviços recentemente delegados<sup>12</sup>.

A capacidade de produção, transporte e abastecimento universal de energia elétrica é apontada como a principal causa do progresso social, político e econômico, tornando as pessoas, inclusive, mais próximas em termos de modo e qualidade de vida<sup>13</sup>. Entretanto, por não tratar-se de uma mercadoria armazenável<sup>14</sup>, mas, pelo contrário, por necessitar ser transmitida e distribuída adequadamente na proporção de sua produção, sob pena de

---

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com>>. p. 15.

<sup>11</sup> No Brasil essa opção pela inserção da concorrência nos setores públicos era vista, não como uma opção governamental, mas mais como uma “ausência de escolha”, dado o inchaço da máquina estatal e a sua necessidade de focar-se em serviços de interesse geral de caráter não diretamente econômico. CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política – a história que eu vivi*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 452.

<sup>12</sup> Na obra de Adam Smith encontra-se enunciado já o que hoje vem sendo denominado “princípio da subsidiaridade”: a atividade econômica somente deve ser prestada pelo Estado quando houver desinteresse da iniciativa privada ou quando for de tal sorte que torne impossível a sua prestação em regime concorrencial. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000. p. 9

<sup>13</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 94.

<sup>14</sup> Energia é força de trabalho. Quando um sistema contém energia, ele pode trabalhar e, com isso, emitir energia para fora do sistema do seu próprio acúmulo. Assim, a energia aparece em diversas formas distintas: mecânica, elétrica, magnética, térmica, química, atômica, nuclear. Uma determinada quantidade de energia em uma forma se iguala a outra determinada quantidade de energia em outra forma, em uma relação de equivalência. GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 03.

perdas, sua cadeia produtiva apresenta diversas peculiaridades que dificultam a sua liberalização (somente) às forças de mercado.

São caracterizadas pela literatura econômica como indústrias de rede todas as atividades econômicas cuja consecução seja dependente da colaboração ou utilização de outros elementos componentes ou integrados em rede. No âmbito da sociedade moderna organizada, é o caso das indústrias de energia elétrica, telecomunicações, água e esgoto, correios, rede ferroviária, etc. A indústria da energia elétrica tem que utilizar um meio físico, qual seja a rede de transmissão e distribuição, para fazer chegar o produto ao consumidor final. Uma vez construída a rede, a sua duplicação, mediante construção de estruturas paralelas, tem-se mostrado economicamente inviável. Por esta razão, denominada monopólio natural e sujeita à regulação específica<sup>15</sup>.

Historicamente, toda a atuação no setor de energia era considerada una e indivisível, submetida, assim, a um regime de monopólio e operada, na maior parte dos Estados, por empresas públicas ou com direitos especiais (com participação estatal, de regra). Com o avanço tecnológico, entretanto, e ante a necessidade de se criarem mais fontes geradoras de energia, passou-se a visualizar a possibilidade de divisão desta atividade em fases distintas. Além disso, muitos Estados – dentre eles aqueles da União Europeia e o Brasil – sofriam com o inchaço da máquina estatal e já não mais dispunham de recursos públicos para todos os investimentos de infraestrutura<sup>16</sup>. Ainda, a influência das concepções norte-americanas sobre utilidades públicas, ao lado ainda do fortalecimento dos mercados e das políticas de concorrência, tendia igualmente a afastar a situação de monopólio onde possível<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 272.

<sup>16</sup> SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de Direito da Energia- Tomo I*. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 91.

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com>>. p. 15. No mesmo sentido: GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 82.

Assim, a indústria de energia elétrica passou a ser dividida, nos Estados-Membros da União Europeia e, igualmente, no Brasil, em quatro atividades econômicas distintas, nomeadamente, as de (i) geração, (ii) transmissão, (iii) distribuição e (iv) comercialização. As atividades de transmissão e de distribuição são ainda as que se caracterizam como monopólios naturais por dependerem de infraestrutura de rede, necessariamente compartilhada entre os geradores.

A fase de geração de energia, também chamada de produção de energia, compreende os diversos processos de conversão de energia primária (mecânica, magnética, térmica, química, atômica, nuclear, etc.) em energia elétrica. Com a expansão das formas de geração de energia, inclusive tornando possível que pequenos produtores independentes ingressassem no mercado e retirassem seus investimentos, essa atividade teve a possibilidade de tornar-se competitiva e, além de regulações específicas necessárias a garantir a segurança no abastecimento e preservação do meio ambiente, dirigida pelas forças de mercado<sup>18</sup>. A exemplo, aos geradores é permitido, no direito unional, o uso livre da energia produzida pela própria empresa ou mesmo a comercialização direta desta com grandes usuários, conforme será visto adiante.

Diferentemente do Brasil, que tem um invejável potencial hidráulico apto à exploração para produção de energia, a principal fonte de energia da União Europeia, desde a sua constituição na década de 50, com apenas seis Estados-Membros, até os dias atuais, embora já em percentual decrescente, são os combustíveis fósseis. Eles totalizam hoje 46,1% da energia produzida<sup>19</sup>. Segue estes, como segunda maior fonte de energia produzida, a energia nuclear, com o percentual de 25,6%, tendo como expoente de geração a França. A geração hidráulica, muito embora tenha

---

<sup>18</sup> Conforme art. 6º da Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L027, de 30/01/1997.

<sup>19</sup> European Network of Transmission System Operators for Electricity. Memo 2012 – provisional values as 30 April 2013. Disponível em <<https://www.entsoe.eu/publications/general-publications/memo-entso-e-facts-figures/>>. Consulta em 03/12/2013.

demonstrado crescimento entre os anos de 2011 e 2012<sup>20</sup>, ainda representa apenas 16,7% do total produzido. Para fins de comparação, a produção de energia a partir de hidrelétricas corresponde atualmente a cerca de 68,1% da energia produzida no Brasil<sup>21</sup>.

A segunda fase no processo de abastecimento de energia elétrica é o transporte, ou a transmissão<sup>22</sup>. A fase de transmissão engloba desde a coleta da energia elétrica dos geradores e a sua condução por redes de muito alta e alta tensão<sup>23</sup>, até o respectivo distribuidor, que é a próxima fase, ou mesmo até clientes finais. O transporte é utilizado para potências mais elevadas e se destina a ligar a unidade de produção aos grandes centros de consumo de energia. A distribuição, terceira fase, é o transporte de energia elétrica de baixa tensão, levando-a até os consumidores. As linhas de distribuição, a título de exemplo, são usualmente na faixa de 13,8 V no Brasil<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Commission Staff Working Document SWD(2012) 368 final of 15 November 2012 accompanying the Communication 'Making the internal energy market work' (COM(2012) 663 final). Disponível em <[http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/doc/20121217\\_energy\\_market\\_2011\\_lr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/20121217_energy_market_2011_lr_en.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>21</sup> MINISTERIO DE MINAS E ENERGIA, Departamento de monitoramento do Sistema Elétrico. *Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico Brasileiro* – Novembro/2013. p. 16. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim\\_mensalDMSE/Boletim\\_de\\_Monitoramento\\_do\\_Sistema\\_Eltrico\\_-\\_Novembro-2013.pdf](http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim_mensalDMSE/Boletim_de_Monitoramento_do_Sistema_Eltrico_-_Novembro-2013.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>22</sup> Nas diretivas europeias, tratadas detalhadamente no capítulo seguinte, essa fase é designada como de “transporte”, embora na doutrina brasileira seja mais comum a utilização do vocábulo “transmissão” (presente na Lei 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica), razão pela qual ambos são aqui utilizados como sinônimos para designar o carregamento da energia através das redes de alta e média tensão.

<sup>23</sup> A Comissão Eletrotécnica Internacional define circuitos de alta tensão como aqueles com mais de 1000 V em corrente alternada e pelo menos 1500 V em corrente contínua, distinguindo-os de circuitos de baixa tensão (50–1000 V CA ou 120–1500 V CC) e de extra-baixa tensão (< 50 V CA ou < 120 V CC). IEC 60269-1/1006, disponível em: <[http://webstore.iec.ch/preview/info\\_iec60269-1%7Bed4.0%7Den\\_d.pdf](http://webstore.iec.ch/preview/info_iec60269-1%7Bed4.0%7Den_d.pdf)>. Na União Europeia, de acordo com a Diretiva 2006/95/EC, são consideradas igualmente redes de alta tensão (de transporte) aquelas de voltagem superior a 1.000V CA ou 1.500 V CC. Diretrizes de aplicação da diretiva disponível em: <[http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/electrical/files/lvdgen\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/electrical/files/lvdgen_en.pdf)>. Consulta em 12/10/2013.

<sup>24</sup> Para a conversão entre níveis de tensão é usado como equipamento fundamental um transformador de potência. Os transformadores de grande porte (para grandes elevações ou diminuições na tensão do sistema) encontram-se normalmente em subestações. O número de interligações aumenta a confiabilidade do sistema, porém, aumenta a complexidade. A interligação contribui para o suprimento de energia, mas também ocasiona a propagação de falhas do sistema: um problema que ocorra em um ponto da rede pode afundar a tensão nos pontos a sua volta e acelerar os geradores, sendo necessário o desligamento de vários pontos, incluindo centros consumidores, o que se pretende justamente evitar. Fonte: <<http://www.vbsi.com.br/rizal/?link=equipamentos>>. Consulta em 05/02/2014.

É e se notar que as atividades de transporte e distribuição demandam o compartilhamento da infraestrutura já existente, não sendo viável, conforme referido, o investimento em novas redes por cada agente de mercado<sup>25</sup>. Neste ponto, para permitir-se a concorrência efetiva entre os produtores de energia e, no final da cadeia, os comercializadores, deve ser garantido, pelo proprietário ou operador da rede, acesso às redes por todos os interessados em condições de igualdade. Essa temática será abordada, no contexto legislativo da União Europeia, no capítulo próximo.

Com a liberalização das fases de produção e comercialização e o surgimento de novas fontes de geração de energia passou-se a atentar para uma problemática antes mais facilmente controlável e que surgirá reiteradamente como ponto de atenção nas legislações unionais, a saber, o problema da capacidade de condução das redes de transporte e distribuição (principalmente transporte), e o respectivo congestionamento das mesmas e incapacidade de transporte de mais energia<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Enquanto no setor de energia a preocupação primordial da regulação, conforme se verá no capítulo próximo é de compartilhamento igualitário das estruturas existentes, operadas em regime de monopólio ou oligopólio nos Estados Membros, o setor de telecomunicações já se preocupa em encontrar infraestruturas alternativas para condução dos sinais, conforme se extrai da investigação conduzida por Ricardo Leal de Moraes. MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>26</sup> De acordo com a doutrina especializada, as mudanças ocorridas quando da liberalização dos mercados de energia tornou o problema de se determinar o carregamento máximo de uma rede de energia elétrica um problema de interesse prático, pois os sistemas passaram a ser operados muito próximos aos seus limites, impondo que se determinasse um limite de carregamento da rede, um valor de carga máxima e fluxos que poderiam ser tolerados sem causar instabilidade de tensão. O conceito de máximo carregamento da linha, ou "*line loadability*" é definido como um grau de carregamento permissível na linha dado pelo menor limite dentre os limites de carregamento de uma linha de transmissão, a saber: limite térmico, limite de queda de tensão, limite de estabilidade estática e limite de estabilidade de colapso de tensão. SILVA, Helen Christian. *Impacto da Conexão de Produtores Independentes de Energia no Congestionamento de Redes de Transmissão*. 2007. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Engenharia Elétrica, PUC Minas, Belo Horizonte, 2007. p. 23. Os congestionamentos têm sua origem na ocorrência de restrições elétricas em linhas de transmissão que impedem a transferência mais econômica de energia de um ponto a outro do sistema respeitando-se o limite de capacidade máxima das linhas. Em geral, podem ser administrados por uma combinação de ações de gerenciamento de longo e curto prazo, envolvendo o planejamento da operação, programação eletroenergética e a pré-operação dos sistemas. Entre as ações possíveis estão os investimentos eficientes na infraestrutura da rede elétrica, a programação e a coordenação pré-operacional mais eficientes dos desligamentos para intervenção em equipamentos do sistema e a otimização da geração e da carga com uso de serviços de gerenciamento do balanço carga-geração. FREITAS E SILVA, João Odilon. *Alocação de custos de congestionamento em redes de transmissão de energia elétrica*

Por fim, tem-se a atividade de comercialização. A comercialização é realizada por um agente jurídico com capacidade para comprar, importar, exportar e vender energia elétrica de e a outros vendedores, distribuidores, geradores ou consumidores livres, por meio de contratos de longo prazo ou em mercados regulados sob a forma de leilões. É igualmente atividade competitiva e sem maiores obrigações de serviços públicos, dispensando intensa atividade regulatória de suas atuações como para as atividades de transporte e distribuição. A comercialização consiste, apenas, na transação da utilidade (compra e venda), e no Brasil tem sua atuação bastante limitada, conforme ver-se-á adiante.

A visualização da possibilidade de separação dessas atividades foi justamente o que incentivou um processo de liberalização, a fim de proporcionar a entrada de mais concorrentes, especialmente de produtores, pretendendo-se com isso, além de reduzir os preços do produto final, garantir a segurança no fornecimento.

Afora essas fases tradicionais para o abastecimento de energia elétrica, há ainda a figura do autoprodutor, que produz energia destinada ao consumo próprio, e do produtor independente, que destina sua produção a contratos diretos com consumidores e os consumidores livres, que podem escolher de qual produtor irão adquirir sua energia, figuras previstas tanto no direito unional quanto no direito brasileiro<sup>27</sup>.

O abastecimento de energia elétrica, enquanto serviço essencial ao exercício da cidadania pelos usuários e, igualmente, enquanto

---

*baseada no princípio do usuário-pagador*. 2008. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) - Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 8. Em sistemas de mercado, o gerenciamento do congestionamento passa a compor o preço final pago pelo usuário, razão da necessidade de otimização das suas capacidades e do gerenciamento de fluxos. *Ibid.*, p. 13.

<sup>27</sup> SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Modelo Institucional do Setor Energético Brasileiro para Novos Investidores. *In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (coord.). Direito e Infraestrutura*. São Paulo: LTr, 2012. p. 117. Definidos, igualmente, no art. 2º da Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L027, de 30/01/1997.

essencial às indústrias e ao crescimento econômico, aparece como serviço a ser garantido pelos Estados. A garantia do acesso universal a esses serviços é fundamental para o próprio funcionamento da economia, vez que a vida urbana, no atual momento, depende em larguíssima medida da continuidade do fornecimento de energia elétrica<sup>28</sup>.

De outro lado, trata-se de setor economicamente relevante<sup>29</sup>, que movimenta somas vultuosas, em contratos muitas vezes internacionais. A relevância do setor para o desenvolvimento e a competitividade de um país é, portanto, inquestionável, justificando os esforços que têm sido empreendidos, em muitas economias (porém não na brasileira, conforme se verá) e com especial ênfase na União Europeia, para aumentar a eficiência e a sustentabilidade deste.

Diferentes preferências podem orientar o Estado na formulação de políticas públicas, sendo três as posições identificadas na literatura a esse respeito: a implementação de políticas públicas respondendo às preferências dos cidadãos, o Estado tendo objetivos próprios, os quais implementaria, ou o Estado agindo orientado exclusivamente pelas preferências daqueles que possuem riqueza, que é o “governo do capital”<sup>30</sup>. Dentro de um regime democrático<sup>31</sup>, somente a primeira opção pode ser considerada constitucional; contudo, o desenho da política pública deve ser ótimo, ou pelo menos

---

<sup>28</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000. p. 57.

<sup>29</sup> Ao lado da indústria automobilística e de seus acessórios, o setor de energia é o maior setor industrial do planeta. No ano de 1994, pertenciam ao setor automobilístico 20,3% das 200 maiores empresas do mundo, seguido pelo setor de energia com 17,5% e a indústria de eletro-eletrônicos com 14,7%. No mesmo ano, das 15 maiores empresas europeias, 6 atuavam no setor de energia. GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 79.

<sup>30</sup> SANTOS, Hermílio. Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 32.

<sup>31</sup> Conforme preconiza John Rawls, em uma democracia liberal os cidadãos devem oferecer as razões verdadeiras para as políticas públicas adotadas, devendo a legislação, então, atender aos propósitos a que se destina. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: ATICA, 2000.

adequado, a alcançar o que se propõe<sup>32</sup>, o que demanda considerações sobre a eficiência e o impacto de uma ou outra lei.

No contexto dos serviços de base, é importante referir que um Estado pode optar, discricionariamente, por concretizar os serviços públicos necessários de duas formas distintas: ou prestando diretamente, através de estruturas e órgãos estatais, o referido serviço, ou delegando-o a empresas, públicas ou privadas. As duas modalidades diferenciam-se substancialmente no tocante à aplicação das normas de concorrência<sup>33</sup>. Todavia, atualmente no setor de energia, a preferência tem sido pela prestação destes serviços pela atuação empresarial, seja pela constituição de empresas públicas, seja por autorização de empresas privadas, ou por formas mistas. Este modelo de atuação empresarial é observado no Brasil e, igualmente, faz-se presente em todos os Estados-Membros da União Europeia.

Não há que se falar, contudo, em desregulamentação<sup>34</sup> do setor, seja no Brasil, seja nos Estados-Membros da União Europeia. Conforme se verá, a despeito da liberalização procedida no modelo unional, a regulação das atividades supra explanadas é abrangente, com forte participação dos Estados-Membros na condição de fiscalizadores, e, inclusive, intensificou-se ao

---

<sup>32</sup> Razões econômicas, então, podem sustentar ou retirar a validade das políticas públicas de concorrência e regulação, respectivamente se demonstrada sua eficiência ou ineficiência. E a eficiência, conforme coloca Robert Cooter, é sempre relevante para o desenvolvimento de políticas públicas, porque é sempre melhor atingir uma política a custos mais baixos do que a custos altos. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 4.

<sup>33</sup> No primeiro caso, em que o Estado presta os serviços mediante estruturas estatais, tem-se apenas atos de soberania, e não atos empresariais, o que afasta por completo falar-se em concorrência e aplicação do artigo 106 TFUE. E, cumpre referir, inexistente no direito unional qualquer obrigação de “outsourcing”, de outorga dos serviços a empresas, embora este seja de regra o modelo adotado pelos Estados-Membros. No segundo caso, não somente as empresas outorgadas estarão sujeitas a todo o regime unional de concorrência, mas igualmente a referida outorga deve dar-se em conformidade com o direito unional secundário, mais especificamente com as diretivas relativas aos processos de delegação de serviços públicos (nomeados de “processos de adjudicação” na língua portuguesa). GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; MONTAG, Frank; HIRSCH, Günther. *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1293.

<sup>34</sup> Desregulamentação, no sentido ora utilizado, consiste em deixar o Estado de atuar sobre o domínio econômico, conferindo às partes o poder de disciplinar relações jurídicas que antes se achavam minuciosamente reguladas por atos de vontade estatal. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo – O Estado e o Poder Econômico*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006. p. 16.

longo da sua evolução. O funcionamento do poder econômico privado que se espera a partir da desregulamentação deve encontrar como limite os pontos em que colide com os interesses dos setores que conquistaram um espaço no exercício da cidadania<sup>35</sup>, dentre os quais o de energia elétrica.

Para fins de futura referência, cumpre neste início relatar brevemente as transformações pelas quais passou o setor elétrico brasileiro e algumas das suas nuances legislativas para, com uma análise mais detida da disciplina no bloco europeu, ser possível tomar, eventualmente, algumas lições, ou descartá-las.

No Brasil, acompanhando uma tendência mundial, a década de 90 foi marcada pelo início de um processo de revisão do papel do Estado em setores de infraestrutura da economia. Até então a atuação direta do governo federal no setor elétrico, em específico, era bastante evidente e até mesmo necessária dada a escassez de recursos privados. Este modelo puramente estatal teria justamente propiciado os grandes investimentos no setor nas décadas de 60 e 70, especialmente na atividade geradora, destacando-se a criação da Eletrobrás em 1961 e a estatização da empresa Light, em 1978<sup>36</sup>.

O declínio do modelo puramente estatal ocorreu, entretanto, quando o Estado passou a dar sinais de que não teria os recursos financeiros necessários para garantir a expansão do setor elétrico proporcionalmente ao crescimento econômico e demográfico então experimentado. A discussão que se travava em torno da gestão e eficiência das empresas estatais e a notável inadequação do regime regulatório da época teriam impulsionado as reformas estruturais no setor, na década de 90<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> MOLL, Luíza Helena *apud* CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, *Op. cit.*, p. 17.

<sup>36</sup> BEGO, Daniel José Justi. Universalização dos serviços de energia elétrica : evolução histórica e necessidades de regulação. *In*: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 232.

<sup>37</sup> GONÇALVES, João Alfredo Serra Baetas. Possível conflito de competências entre a ANEEL e a CCEE quanto à aplicação de penalidades. *In*: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 55.

Adverte Luiz Roberto Barroso, contudo, que a redução havida na estrutura pública não conduziu a um modelo que possa ser chamado de “Estado mínimo”<sup>38</sup>:

Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação do seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente decisivo.

A partir de 1993, iniciou-se a competição no setor elétrico com a Lei n. 8.631/93. Em 1995, foi regulamentada a delegação de atividades reservadas ao Estado para concessionários de serviço público pela Lei 8.987/95. Essa denominada Lei das Concessões possibilitou a entrada de capital privado no setor e implantou a sistemática de licitações competitivas para concessões. No mesmo ano, a Lei 9.074/95 criou as figuras do consumidor livre e do produtor independente de energia<sup>39</sup>, indispensáveis para a instalação de um ambiente competitivo e instituiu o livre acesso às redes de transporte. Esse conjunto de leis permitiu iniciar o processo de privatização do setor elétrico brasileiro. As distribuidoras de propriedade do governo federal foram as primeiras empresas a serem vendidas, Escelsa em 1995, e a Light em 1996<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 34. No mesmo sentido Ricardo Antônio Lucas Camargo: “Parece-nos impróprio considerá-las [as Agências de Regulação] como expressão do Estado Mínimo, porque a intensidade da presença do Estado no domínio do qual dizem ser desejável que ele seja aliado é menor do que no combatido ‘intervencionismo’; apenas se tem modificação do seu *modus operandi*.” CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000. p. 56.

<sup>39</sup> Conforme artigo 11 da Lei n. 9.074/95, *considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco*. Assim, o produtor independente de estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão.

<sup>40</sup> LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 157. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014.

A partir de 1998 a energia passa a ser tratada como uma commodity livremente negociada, competindo entre si no mercado agentes públicos e privados. Com o advento da Lei 9.648/98, foi instituído um modelo concorrencial para o setor elétrico brasileiro<sup>41</sup>, desvinculando-se o acesso ao sistema de transmissão e distribuição dos contratos de compra e venda<sup>42</sup>. A intenção do governo era privatizar a totalidade dos ativos de distribuição. Da geração, só continuariam em propriedade do Estado as plantas nucleares e a parte nacional de Itaipu<sup>43</sup>. O modelo previa que as linhas de transmissão permaneceriam estatais e somente os novos projetos poderiam ser executados por capital privado<sup>44</sup>. Apesar do sucesso inicial do modelo<sup>45</sup>, após o

---

<sup>41</sup> Tem-se como marco concorrencial o artigo 10 da Lei 9648/98, que estabeleceu a livre negociação para a compra e venda de energia elétrica entre os concessionários, permissionários e autorizados, verbis: “Art. 10. Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os seguintes prazos e demais condições de transição: (...) § 1o Cabe à ANEEL homologar os montantes de energia e demanda de potência de que tratam os incisos I e II e regular as tarifas correspondentes.

<sup>42</sup> MARQUES, Marcio Pina. O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração e atividade econômica. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 451.

<sup>43</sup> No total, vinte e três empresas do setor elétrico brasileiro foram privatizadas correspondendo a uma arrecadação de US\$ 22 bilhões, o que fez do setor elétrico o segmento que mais contribuiu ao Programa Nacional de Desestatização. O processo de privatização avançou bastante na atividade distribuição, área de atuação de 19 das empresas privatizadas. Ainda assim, o resultado ficou aquém do plano, já que as empresas estatais detêm 40% do faturamento da atividade. Na geração, o processo foi mais lento, já que enfrentou maiores resistências políticas e de especialistas no setor. Quatro empresas foram privatizadas, que totalizam 20% da receita setorial. LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 163. Disponível em: < <http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014.

<sup>44</sup> As empresas que detêm linhas de transmissão não são responsáveis pela gestão desses ativos, já que essa função foi repassada ao Operador Nacional do Sistema (ONS). Idem, p. 165. Conforme artigo 13 da Lei 9.074/95, o ONS é responsável pela coordenação da operação do setor elétrico e tem como principais tarefas: (i) garantir que o suprimento elétrico seja confiável e respeite padrões de frequência e voltagem; (ii) propiciar acesso equitativo à rede de transmissão a todo agente do mercado elétrico; e (iii) despachar as centrais, visando otimizar a operação do parque hidrotérmico. O ONS foi estruturado sob a forma de associação civil, em que participam geradores, empresas de transmissão e distribuição, consumidores livres, comercializadores, importadores e exportadores de eletricidade.

<sup>45</sup> Como resultado das reformas no setor de energia, foram atraídos novos investimentos, tanto em termos de privatização como de novos empreendimentos. Algumas das capacidades geradoras foram adquiridas por investidores privados, nacionais e estrangeiros, como a Tractebel, AES, Prisma Energy (hoje Ashmore Energy Internacional), El Paso, e Duke, os quais se tornaram significativos produtores. Adicionalmente, investidores nacionais como grupos industriais, grandes consumidores e fundos de pensão investiram pesado no setor de geração nacional. Outras empresas como a EdF (Électricité de France), a Endesa (espanhola) e a Chilectra (chilena) focaram-se no segmento de distribuição, atividade para a qual a privatização trouxe melhorias na qualidade do serviço e redução de roubos, inadimplência e perdas técnicas. SILVA, Fabio Stacke. *Making competition with renewable power plants in Brazilian*

estabelecimento das vendas reguladas nos leilões de energia nova, relativamente aos novos empreendimentos, o volume de investimentos foi reduzido significativamente<sup>46</sup>.

Em 2003 e 2004, entretanto, foram introduzidas significativas modificações na configuração do setor elétrico brasileiro, tendo sido criado o ambiente de contratação regulada, que responde hoje pela maior parcela da energia comercializada, em forma de leilões. Ainda foi mantida a possibilidade de competição, embora reduzida, nos setores de geração e comercialização de energia elétrica<sup>47</sup>. Esse “novíssimo modelo”, como foi denominado, deixou de acreditar que a livre concorrência na aquisição de contratos de suprimento de energia pelas concessionárias de distribuição seria suficiente para criar

---

*electric energy market*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues, Washington DC, 2010. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo\\_Fabio\\_Stacke.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Fabio_Stacke.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> A Lei 10.848/04 alterou completamente as regras de comercialização de energia elétrica para as concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica. Por este diploma, as concessionárias não podem mais escolher de quem adquirir eletricidade. São criados, a partir dessa lei, dois ambientes para a comercialização de energia elétrica, mediante contratação regulada ou livre. As concessionárias ou permissionárias do serviço de distribuição estão obrigadas a comprar através de licitação, no ambiente de contratação regulada, afastando-se as distribuidoras da exposição ao ambiente de livre competição vigente anteriormente. Quanto às geradoras já existentes, não estão obrigadas a ofertar sua energia no ambiente de contratação regulada. Todos os concessionários de serviço público de geração e produtores independentes de energia, incluindo autoprodutores com excedentes, poderão comercializar nos dois ambientes. Entretanto, os novos empreendimentos poderão ser obrigados a ofertar um percentual mínimo de energia no mercado regulado. A licitação para uso de bem público passou a adotar o critério de preço ofertado. O poder concedente fixa o valor do uso de bem público de referência, e o licitante que oferecer a energia elétrica a ser gerada pela exploração daquele potencial hidráulico no ambiente regulado a menor preço é o vencedor do certame, o qual já sai com o Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR). MARQUES, Marcio Pina. O uso do potencial hidráulico para produção independente de energia elétrica: uma concessão mista para exploração e atividade econômica. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 472. Conforme artigo 2º da Lei 9.074/95 com alterações inseridas pela Lei 10.848/04, as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, a ser formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição - o chamado “pool”, reserva para a qual todos os geradores, à exceção dos autoprodutores e de alguns produtores independentes, vendem sua energia para o conjunto de concessionárias de distribuição.

incentivos necessários ao investimento na expansão do setor e garantir tarifas módicas<sup>48</sup>.

Por disposição constitucional expressa, a titularidade da exploração dos serviços e das instalações de energia elétrica é da União, que pode delegá-la a terceiros mediante a assinatura de contratos de concessão ou permissão de serviço público, ou de autorização para uso de bem público em potenciais menores de energia elétrica. Já em relação à energia térmica (não nuclear), como a sua produção independe de utilização de potenciais naturais, as geradoras de menor capacidade destinadas à produção independente ou à autoprodução dependerão apenas de autorização (de uso exclusivo) ou comunicação ao órgão regulador. Nos termos da legislação em vigor, portanto, a titulação jurídica (concessão, autorização ou mera comunicação) será dependente da fonte energética, da capacidade da respectiva usina e, finalmente, da destinação da energia produzida<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibid., p. 267.

<sup>49</sup> Conforme disposto na Lei 9.074/95: “Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação: I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW e a implantação de usinas termelétricas de potência superior a 5.000 kW, destinados a execução de serviço público; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica; III - de uso de bem público, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 10.000 kW, destinados ao uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.”; “Art. 6º As usinas termelétricas destinadas à produção independente poderão ser objeto de concessão mediante licitação ou autorização.”; “Art. 7º São objeto de autorização: I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.”; “Art. 8º O aproveitamento de potenciais hidráulicos, iguais ou inferiores a 1.000 kW, e a implantação de usinas termelétricas de potência igual ou inferior a 5.000 kW, estão dispensadas de concessão, permissão ou autorização, devendo apenas ser comunicados ao poder concedente.” Segue tabela esquematizando os regimes jurídicos aplicados em função do potencial de energia e utilização desta no direito brasileiro.

Tanto os agentes geradores quanto os distribuidores podem realizar a comercialização de energia elétrica. Os geradores que forem produtores independentes podem comercializá-la com as distribuidoras (no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada – ACR) com outros geradores, com agentes de comercialização e com consumidores livres<sup>50</sup>, nesses últimos casos em condições livremente pactuadas (artigo 12 da Lei 9.074/95). O artigo 3º da Lei 9.074/95 dispõe que no edital de licitação para novos empreendimentos de geração elétrica poderá constar porcentual mínimo de energia elétrica a ser destinada ao mercado regulado, podendo a energia remanescente ser destinada ao consumo próprio ou à comercialização para contratação livre<sup>51</sup>. Entretanto, conforme a Lei 12.783/2013, a prorrogação de

TABELA 1  
Atividade de Geração – Regimes Jurídicos no Setor Elétrico Brasileiro

Regime	Fonte / Capacidade		Titulação	Fund. Legal
	Hídrica	Térmica (não nuclear)		
Serviço Público	> 1MW		Concessão SP	Lei 9.074/95, art. 5º, I
	> 5MW		Concessão SP	Lei 9.074/95, art. 5º, I
Produção Independente (Art. 11 da Lei 9.074/95)	> 1MW/não PCH		Concessão UBP	Lei 9.074/95, art. 5º, II e art. 13 Decreto 2.003/96, art. 3º
	> 1MW ≤ 30 MW / PCH		Autorização UBP	Lei 9.427/96, art. 26, I
	≤ 1 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
	> 5MW		Autorização	Lei 9.074/95, art. 6º Decreto 2.003/96, art. 4º, I
Autoprodução	≤ 5 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
	> 10MW / não PCH		Concessão UBP	Lei 9.074/95, art. 5º, III
	> 1 MW ≤ 10 MW / não PCH		Autorização UBP	Lei 9.074/95, art. 7º, II Decreto 2.003/96, art. 4º, II
	> 1 MW ≤ 30 MW / PCH		Autorização UBP	Lei 9.427/96, art. 26, I
	≤ 1 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º
	> 5 MW		Autorização (uso exclusivo)	Lei 9.074/95, art. 7º, I Decreto 2.003/96, art. 4º, I
≤ 5 MW		Comunicação	Lei 9.074/95, art. 8º	

Fonte: PIMENTA, André Patrus Ayres. *Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus\\_Andre\\_Servicos.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>50</sup> O consumidor livre que é aquele que tem a opção de escolher seus fornecedores de energia elétrica entre produtores independentes, autoprodutores com venda de excedente, concessionárias com geração ou distribuidora local. A definição de consumidores livres é dada pelo artigo 15, parágrafo segundo, da Lei 9.074/95: os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado. Esses contratos serão, de regra, feitos por prazo indeterminado, podendo ser previsto um prazo máximo de 36 meses de comunicação ao fornecedor em caso de desejo de troca. Ademais, exercendo essa opção possibilitada pela lei, esses consumidores somente poderão retornar às tarifas reguladas desde que informem à concessionária, à permissionária ou à autorizada de distribuição local, com antecedência mínima de 5 (cinco) anos.

<sup>51</sup> Segundo lição de Marçal Justen Filho, há o dever estatal de assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os domicílios. Mas isso não significa que toda e qualquer atividade de

concessões com custos já amortizados está sendo realizada sob a condição de comercialização de 100% do produto gerado no ambiente regulado, mitigando a atuação dos produtores independentes<sup>52</sup>. Já as distribuidoras podem comercializar somente com os consumidores cativos, mediante condições reguladas – nestas mesmas condições podem comprar das distribuidoras os consumidores livres<sup>53</sup>.

Ainda, é possível o desenvolvimento da atividade de comercialização de forma autônoma mediante a obtenção de autorização, sendo esta atividade isolada dirigida especificamente à viabilização comercial (indireta) da obtenção de energia elétrica pelos consumidores (livres) que assim desejarem, mediante condições e preços livremente pactuados, ou para consumo próprio (autoprodutores)<sup>54</sup>. Neste caso, os operadores das redes de transmissão e distribuição devem permitir acesso às facilidades, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente, ou seja, mediante o pagamento de tarifas pré-fixadas pela agência reguladora (art. 15, §6º da Lei 9.074/95).

A figura do produtor independente de energia elétrica foi fundamental para a atração de investimentos privados necessários à expansão

---

geração de energia elétrica seja um serviço público. Além da geração de energia elétrica como serviço público, pode haver geração como atividade privada. O Estado é obrigado a promover a estruturação de um sistema de serviço público de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Mas, uma vez existindo essa estrutura de serviço público, é cabível o aproveitamento de situações marginais sob o regime de Direito Privado, como atividade econômica em sentido estrito. JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público e da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul./set. 2004. p. 154 – 155. Assim, não é necessário considerar todas as atividades relacionadas à energia elétrica, só por isso, como serviços públicos, submetidas a um pronto e acabado regime jurídico substancialmente impermeável à competição e ao regime de direito privado. Ao criar o regime de produção independente de energia elétrica, a Lei 9.074/95 expressamente o distinguiu do regime de serviço público; optou-se pela concessão de uso de bem público para produção de energia elétrica, sob conta e risco do empreendedor.

<sup>52</sup> Com a prorrogação, as concessionárias entregarão a totalidade da energia gerada às distribuidoras, no ambiente de concorrência regulada, sendo remuneradas por tarifa, definida pelo poder concedente, conforme artigo 1º, §1º, I, da Lei 12.783/2013. Ou seja, para esses agentes não existirá qualquer competição, nem *ex ante*, por meio de leilões, nem *ex post*, por meio de venda de energia a preços livremente pactuados e competitivos.

<sup>53</sup> PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 264.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 265.

da capacidade instalada do parque de geração do setor de energia elétrica<sup>55</sup>. Entretanto, os recentes incentivos à centralização do controle sobre as vendas e a quebra de isonomia entre setores de contratação regulada e contratação livre, tendem a afastar essa figura, como já ocorreu com a prorrogação das concessões de cerca de 20% do parque gerador nacional<sup>56</sup>.

De qualquer modo, é importante não esquecer que o aproveitamento dos potenciais, ainda quando delegado a particulares por meio de contrato de uso de bem público, não servirão tão somente ao interesse particular e econômico de seus empreendedores, mas também atenderão ao interesse da coletividade. Mesmo na autoprodução, regime em que toda a geração é destinada ao consumo do próprio empreendedor gerador, alcança-se o interesse coletivo, ao tempo em que se poupa as fontes geradoras do sistema elétrico nacional<sup>57</sup>.

Algumas características do setor elétrico brasileiro são apontadas como causa de maior dificuldade na introdução da competição, especialmente a base predominantemente hídrica<sup>58</sup> e o funcionamento

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 288.

<sup>56</sup> LHBAUER, Rosane. *O novo "novíssimo modelo" do setor elétrico*. Artigo eletrônico disponível em: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-o-novo-nov%C3%ADssimo-modelo-do-setor-el%C3%A9trico>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>57</sup> BALBINOTTI, Franciele. *O regime jurídico das atividades envolvidas na prestação do serviço público de energia elétrica*. 2011. Monografia de Pós-Graduação (Especialização em Direito Administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba, 2011. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia\\_Pos\\_Graduacao\\_Franciele\\_Balbinotti.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Franciele_Balbinotti.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>58</sup> Além de ser uma fonte de energia renovável, o potencial hídrico nacional ainda por explorar é bastante significativo. Estima-se que o potencial hidráulico no Brasil possua uma capacidade de cerca 260 GW de energia, dos quais apenas 66 GW foram efetivamente aproveitados, ou seja, algo em torno de 25%. Na bacia amazônica, por exemplo, situam-se aproximadamente 105 GW de capacidade, com uma exploração que pouco passa de 0,5%, ou seja, 668 MW. Ocorre, porém que, normalmente, as maiores usinas hidrelétricas – ou os maiores potenciais hidráulicos ainda por explorar – situam-se longe dos centros de consumo, em regiões remotas do país (bacia amazônica, especialmente), enquanto que as termoeletricas, não dependendo de fatores naturais, podem ser construídas próximas dos consumidores. A localização de uma usina importa, dentre outras coisas, para a determinação dos custos de transmissão associados a ela. Usinas distantes exigem linhas de transmissão mais extensas e, com isso, custos associados mais altos (nesse segmento). LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

interligado e coordenado<sup>59</sup> do setor. Além disso, como complicador, levanta-se a pouca tradição regulatória das instituições<sup>60</sup>.

Ainda, identifica-se como dificuldade para a livre concorrência a diversidade dos custos e rentabilidade de projetos de energia hidráulica e térmica<sup>61</sup>, além da diferenciação entre a chamada “energia velha” (aquela proveniente de usinas já instaladas há anos e que já tiveram seus custos amortizados), e da “energia nova”, proveniente de novos empreendimentos que ainda devem ser financiados<sup>62</sup>. Há, entretanto, quem defenda haver benefícios em se promover a concorrência entre energia elétrica nova e velha, qualquer que seja sua matriz, em conjunto<sup>63</sup>, para proporcionar maior concorrência e minimizar o poder de mercado do maior agente de controle estatal<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Passando da descrição das fases da indústria e de seu traço genérico fundamental para a caracterização específica do setor elétrico brasileiro, pode-se dizer que os seus elementos mais marcantes são dados (i) pelo tipo de fonte de onde provém a maior parte da energia elétrica – potenciais hidráulicos, situados em bacias hidrográficas complementares e interdependentes entre si; e (ii) pelo imenso sistema interligado de transmissão de energia elétrica que perpassa a maior parte do território nacional, unindo os centros de produção com os centros de consumo, de tal modo configurada que se diz terem as usinas entre si uma interdependência operativa. Esse sistema de transmissão é, conforme referido, operado pelo Operador Nacional do Sistema.

<sup>60</sup> SANT'ANNA, Ricardo Martins. A ausência de critérios objetivos para a prorrogação de concessões de geração hidráulica de energia elétrica. In: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010. p. 177.

<sup>61</sup> Enquanto as usinas termoeletricas exigem normalmente um prazo mais curto para a entrada em operação (2 a 3 anos desde a concepção), não é raro ter-se empreendimentos hidrelétricos concluídos em prazos superiores a 6 anos. Além de tomar muito tempo para maturação e ser de capital intensivo, um empreendimento hidrelétrico apresenta retorno do investimento em um prazo bastante longo. Isso se deve não apenas às duas características apresentadas, mas também ao fato de que o valor da energia elétrica transacionada quando a usina entra em operação tende a ser calculado em função, ainda, do custo da operação que é baixo (dado o não desembolso pelo combustível) e da vida útil provável da usina, que não raras vezes supera os 100 anos. Também invertida é a equação ambiental: enquanto as usinas hidrelétricas causam grandes impactos ao meio-ambiente quando de sua construção e (comparativamente) menores efeitos na operação, as termoeletricas pouco agredem o ambiente para serem instaladas mas muito o danificam quando da operação. Ibid.

<sup>62</sup> Em relação à maior parte das usinas hidrelétricas o custo do investimento inicial já foi amortizado, de modo que a energia ali produzida deveria, pelo menos em tese, entrar no mercado por um custo mais baixo. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>63</sup> REGO, Erik Eduardo. *Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado: aspectos conceituais, metodológicos e suas aplicações*. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014. De acordo com o autor, a análise de regressão dos resultados dos leilões de energia nova e velha (em particular fonte hidrelétrica) revela que os preços dos leilões de energia nova (projetos que têm elevados custos de investimento de capital) não são estatisticamente diferentes aos de energia existente (projetos que têm baixos custos totais).

Do ponto de vista operacional, há no sistema elétrico brasileiro complementaridade entre diferentes tipos de usinas. As hidrelétricas fornecem o grosso da energia elétrica consumida, enquanto que as térmicas, de operação mais cara, complementam a oferta de energia elétrica no parque gerador brasileiro<sup>65</sup>. Conforme pesquisas, já há um maior destaque das plantas termelétricas nos leilões de energia, que se deve à falta de projetos de plantas hidrelétricas e eles serem leiloados, possivelmente por não haverem estudos suficientes aprovados e por questões ambientais. Se estas dificuldades persistirem, lentamente devem ser verificadas significativas mudanças na matriz energética brasileira<sup>66</sup>.

---

Portanto, há boa possibilidade de que os leilões de energia de usinas existentes não sejam suficientes para evitar o exercício de poder de mercado da empresa estatal dominante, a Eletrobrás.

<sup>64</sup> Na condição de *holding*, a Eletrobras controla grande parte dos sistemas de geração e transmissão de energia elétrica do Brasil por intermédio de seis subsidiárias: Eletrobras Chesf, Eletrobras Furnas, Eletrobras Eletrosul, Eletrobras Eletronorte, Eletrobras CGTEE e Eletrobras Eletronuclear. Além de principal acionista dessas empresas, a Eletrobras, em nome do governo brasileiro, detém metade do capital de Itaipu Binacional. A *holding* também controla o Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (Eletrobras Cepel) e a Eletrobras Participações S.A. (Eletrobras Eletropar). Além disso, atua na área de distribuição de energia por meio das empresas Eletrobras Amazonas Energia, Eletrobras Distribuição Acre, Eletrobras Distribuição Roraima, Eletrobras Distribuição Rondônia, Eletrobras Distribuição Piauí e Eletrobras Distribuição Alagoas. A capacidade geradora da Eletrobras, incluindo metade da potência de Itaipu pertencente ao Brasil, é de 41.621 MW, correspondentes a 35,5% do total nacional. As linhas de transmissão em operação, em alta e extra-alta tensão, têm 56.179 quilômetros de extensão, representando 56% do total do país. Fonte: <<http://www.eletrobras.com/elb/data/Pages/LUMISBF7839BFPTBRIE.htm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>65</sup> Entretanto, conforme Boletim de Monitoramento do Sistema Elétrico publicado pelo Ministério de Minas e Energia em novembro de 2013, somente entre os anos de 2012 e 2013 houve o crescimento percentual da fonte eólica (+17,9%), térmica a carvão (+74,4%) e biomassa (+15,7%) na matriz. A expansão da capacidade instalada das usinas térmicas atingiu crescimento de 10,1% com relação ao mesmo mês do ano anterior, superior ao crescimento de 2,4% das usinas hidráulicas. A produção a partir de potenciais hidrelétricos, que já chegou a ser responsável por mais de 90% da energia nacional, hoje representa 68,1%, não mais tão distante da produção térmica, que já totaliza 30,2% da energia nacional. MINISTERIO DE MINAS E ENERGIA, Departamento de monitoramento do Sistema Elétrico. Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico Brasileiro – Novembro/2013. p. 16. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim\\_mensalDMSE/Boletim\\_de\\_Monitoramento\\_do\\_Sistema\\_Eltrico\\_-\\_Novembro-2013.pdf](http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim_mensalDMSE/Boletim_de_Monitoramento_do_Sistema_Eltrico_-_Novembro-2013.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>66</sup> NEVES, Mateus Machado. *Difficulties in expanding hydropower generation in Brazil*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues, Washington DC, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014. Pode-se elencar importantes empresas internacionais, a exemplo da ENEVA (*joint venture* entre a MPX e a italiana E.On, que se transformou na maior empresa privada do Brasil no setor), que investem em termelétricas e energia solar no país.

Conforme se viu no presente capítulo, o funcionamento das atividades envolvidas no setor de energia elétrica é semelhante no Brasil e nos Estados-Membros da União Europeia. Buscou-se trazer neste início algumas peculiaridades do setor (comuns às duas realidades) que dificultam, *a priori*, a sua abertura à livre concorrência dissociada da regulação setorial, mormente a coordenação necessária entre as diferentes atividades econômicas envolvidas para o abastecimento de energia e a sua máxima importância ao funcionamento dos Estados.

O breve esboço do funcionamento do setor no Brasil teve por objetivo permitir uma visualização e eventual comparação com o modelo unional, que será objeto do trabalho e cujo estudo, mais aprofundado, será iniciado no tópico seguinte. Entendeu-se pertinente trazer essas considerações no início, fornecendo uma base comparativa antes de adentrar no estudo da realidade estrangeira, o que deve possibilitar, igualmente, uma maior fluidez na abordagem da realidade unional. À vista da experiência unional, que deverá ser aprofundada a partir do próximo tópico, é que se deverá equacionar os benefícios da liberalização do setor, tanto por medidas regulatórias quanto pela aplicação do direito da concorrência.

### **1.B. Quebra de antigos monopólios e inserção de empresas públicas ou com direitos especiais no regime de concorrência**

A abertura do setor de energia elétrica à concorrência, a despeito de motivada, em muitos Estados, pela impossibilidade econômica de as finanças públicas fazerem frente, sozinhas, aos investimentos tecnológicos necessários, foi justificada ideologicamente por uma preferência, característica das últimas décadas, pelo sistema de concorrência sobre o de monopólio, conforme visto.

Do ponto de vista empírico, no que tange à relação entre concorrência, desregulação e bem-estar, um estudo da Conferência das

Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) realizado em 1998 apontou que a existência de barreiras à concorrência dentro de uma economia, de origem tanto governamental quanto privada, leva a perdas de bem-estar. Corroborando tais conclusões, verificou-se que países membros da Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE), ao experimentarem os fenômenos de privatização e introdução de um nível mais elevado de concorrência em diversos setores de suas economias, perceberam a ocorrência de aumento da entrada no mercado, redução de custos, preços e lucros, aumento de qualidade nos serviços, além de um índice mais alto de inovações no mercado<sup>67</sup>.

Um mercado perfeitamente competitivo é caracterizado por um grande número de compradores e vendedores que comercializam produtos homogêneos e pela ausência de barreiras à entrada, no qual cada produtor individual tem pouca influência sobre o mercado e toma o preço dado em sua decisão de oferta<sup>68</sup>. Dentre as falhas de mercado apontadas que prejudicam a concorrência, o poder de mercado e o monopólio são as primeiras<sup>69</sup>, além das externalidades, os bens públicos e as assimetrias informacionais. As falhas de mercado justificam, sob o prisma da defesa do mercado concorrencial e dos interesses dos consumidores, a intervenção do Estado, para que este torne o

---

<sup>67</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Empirical evidence of the benefits from applying competition law and policy principles to economic development in order to attain greater efficiency in international trade and development*. TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1. July, 1998. Disponível em <<http://unctad.org/en/Docs/c2emd10r1.en.pdf>> Consulta em 27 de junho de 2013.

<sup>68</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 159. Uma das condições necessárias ao funcionamento dos mecanismos de mercado é que os produtores sejam tomadores e não formadores de preços; na medida em que as empresas têm o poder de influenciar o preço, deixa-se de obter os resultados mais eficientes em um mercado competitivo. Contudo, já é atualmente reconhecido que este mercado descrito é meramente ideológico, sendo que a realidade é um mercado sempre tendente à presença de oligopólios tem poder; ainda assim, é o modelo (real) que se tem de funcionamento eficiente. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137.

<sup>69</sup> O detentor de monopólio é um vendedor que pode mudar os preços pelos quais seu produto vai ser vendido no mercado, ao mudar a quantidade que ele vende. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 11. Esse poder sobre o preço, essência da ideia de monopólio, deriva do fato de que o preço de mercado é inverso à quantidade do produto. Em um regime de concorrência, quando um vendedor diminui a quantidade do seu produto, essa margem logo será apropriada por um vendedor concorrente, mantendo o preço do mercado. No caso de um monopólio, essa tomada não é tão rápida, embora possa incentivar empresas em outros mercados a competirem pelo monopólio, justamente em vista desse lucro excedente. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 43.

mercado concorrencial<sup>70</sup>. Há um consenso entre economistas que os preços de monopólio são presumidamente ineficientes, seja pelo conceito de eficiência de Pareto<sup>71</sup>, seja pelo de Kaldor-Hicks<sup>72</sup>.

Na União Europeia, o desenvolvimento de uma cultura sólida de concorrência há décadas levou ao reconhecimento, sempre defendido pela Comissão Europeia e pela doutrina, de que a livre concorrência seria a melhor garantia para os consumidores beneficiarem-se da constante melhoria dos serviços por preços atrativos<sup>73</sup>. Nos últimos anos, formou-se um amplo

<sup>70</sup> BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico*. Porto Alegre: Nova prova, 2006. p. 21.

<sup>71</sup> Existem dois principais conceitos de eficiência: a chamada eficiência ou ótimo de Pareto, proposta pelo economista italiano Vilfredo Pareto em 1897, em sua obra *Cours d'Économie Politique*, existe quando é impossível melhorar a situação de uma pessoa sem, para isso, ter que piorar a situação de outra. COOTER, Robert; ULLEN, *op. cit.*, p. 17. Ou seja, ao menos uma pessoa tem que se beneficiar da mudança, sem que nenhuma outra sofra prejuízo. Como este conceito de eficiência impede praticamente qualquer mudança, a não ser por unanimidade, outro modelo de eficiência desenvolvida e mais amplamente utilizada é a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, nomeada conforme seus propositores, Nicholas Kaldor e John Hicks, que requer que aquele que ganha, ganhe mais em valor do que aquele que perde. Se essa condição é satisfeita, a mudança será eficiente. Essencialmente, trata-se de uma técnica de análise de custo-benefício. *Ibid.*, p. 47.

<sup>72</sup> POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 2. Alguns custos do monopólio são comumente conhecidos. Conforme referido, o detentor de um monopólio maximiza seu lucro escolhendo o nível de produção para o qual o lucro marginal e os custos marginais são iguais. O preço torna-se muito alto e a quantidade produzida é muito reduzida pelo ponto de vista da eficiência. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008. p. 36 – 43. Além disso, a possibilidade do agente monopolista aumentar seus preços faz com que um certo número de consumidores passe a buscar produtos para substituir àqueles, os quais terão, porém, produção mais cara do que o bem monopolizado, sendo que este custo adicional se traduziria em uma perda para a sociedade, que não é recuperada. POSNER, Richard A. *Op. Cit.* p. 12. Outro aspecto visto como negativo na atuação dos monopólios é o (suposto) inerente desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência da atividade. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135. Entretanto, Richard Posner combate essa assertiva, considerando-a é inconsistente com o princípio econômico fundamental de que uma oportunidade perdida tem um custo analiticamente igual a uma perda sofrida. Embora, por certo, uma empresa em regime de concorrência tenha mais a perder por não implementar uma inovação ou redução de custos imediatamente, uma empresa detentora de um monopólio que falha em explorar uma oportunidade também corre o risco de ser tomada por outra que possa oferecer aos acionários maiores lucros sobre suas cotas. Há alguma evidência empírica de que a concorrência supera o monopólio neste ponto, contudo, justamente porque permite uma melhor avaliação, comparativa, da performance da sua administração. POSNER, *Op. cit.* p. 20 - 21.

<sup>73</sup> SCHRÖTER, Helmuth; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002.p 1328. COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the performance standard of services of general interest and network industries*. Press Release IP/04/806, junho de 2004. No entendimento da respeitada estudiosa do direito da concorrência, a autora Paula A. Forgioni, a lei antitruste desempenha função diversa em cada sistema jurídico e momento histórico.<sup>73</sup> A autora lista em sua obra uma série de objetivos que já foram atribuídos às leis antitruste, dentre eles (i) redistribuição de renda, (ii) proteção das pequenas empresas, (iii) concentração do poder político, (iv) controle regional dos negócios, (v) proteção dos trabalhadores, (vi) eficiência econômica, (vii) bem-estar do consumidores, controle de preços,

consenso em torno dos principais motores da produtividade total dos fatores, reconhecendo-se que os mercados concorrenciais são os mais adequados para dar às empresas os meios para um êxito de longo prazo<sup>74</sup>. No entendimento da Comissão Europeia, uma política de concorrência forte constitui um elemento essencial de uma ação coerente e integrada destinada a promover a competitividade das empresas europeias, já que os cartéis e o abuso da posição dominante impedem que as empresas se reinventem e orientem mais a sua atividade para a maximização da renda obtida do que para a inovação<sup>75</sup>.

De outro lado, nos setores em que as atividades necessariamente passam por uma facilidade cuja gestão é considerada um monopólio natural, como ocorre nos setores de rede, a exemplo do setor de energia elétrica, tradicionalmente se tem entendido como insuficiente a disciplina da concorrência para controlar o mercado, e como necessária uma regulação econômica<sup>76</sup> prévia do acesso igualitário dos concorrentes à rede<sup>77</sup>.

---

obtenção de resultados econômicos desejáveis (progresso, estabilidade de produção etc.), (viii) promoção da concorrência, (ix) promoção de condutas leais, (x) limitação das grandes empresas, (xi) controle do poder político de grandes conglomerados, (xii) ampliação da capacidade competitiva de empresas nacionais, etc. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 160.

<sup>74</sup> A concorrência é para assegurar a alocação eficaz dos recursos, ao combinar fatores de produção para obter a maior produtividade; também assegura a eficiência distributiva, na medida em que os fatores de produção são remunerados de acordo com o valor que o mercado lhes atribui, além de impulsionar a inovação e o progresso tecnológico e, conseqüentemente, o desenvolvimento dos países. MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006. p. 129 Importante lembrar ainda o papel da concorrência em assegurar a liberdade dos atores. Segundo o teorema proposto por de Ronald Coase, a interferência do Estado em negociações privadas gera crescentes custos de transação e obstaculiza, conseqüentemente, uma melhor alocação de recursos pela sociedade. COASE, R.H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Out., 1960.

<sup>75</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório sobre a Política de Concorrência 2011*. Bruxelas, 30.5.2012 COM(2012) 253 final. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2011/part1\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2011/part1_pt.pdf)>. Consulta em 07/07/2013.

<sup>76</sup> (...) Entendido no sentido amplo, *regulation* significa intervenção do governo em toda a atividade econômica e social, por meio dos mais diversos ramos do direito (civil, trabalhista, tributário, penal, ambiental, antitruste, etc.) No sentido restrito, porém, *regulation* deve ser entendido como intervenção do governo na atividade econômica de forma mais intensa. LOSS, Giovanni Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 21.

<sup>77</sup> A distinção entre direito da concorrência e o direito regulatório pode ser feita com base em alguns elementos que são exclusivos deste último: ao direito regulatório compete a determinação de preços, condições e obrigações de serviço público dos serviços regulados, a promoção da concorrência nos mercados estruturalmente hostis a ela e a expansão induzida desses mercados. O direito da concorrência permite que os preços sejam fixados por

A regulação econômica surgiu inicialmente na economia norte-americana para controlar a prestação de serviços que afetassem o interesse público, e nos quais se fazia presente um monopólio natural, uma estrutura que deveria ser compartilhada<sup>78</sup>. A justificativa de sua criação seria a incapacidade de a dinâmica dos mercados evitar o abuso do poder econômico cometido pelos agentes nele atuantes, mormente se o mercado exibir característica monopolística<sup>79</sup>.

A regulação, ademais, incorpora um conjunto maior de metas, como a universalização dos serviços, integração regional, meio ambiente, entre outros<sup>80</sup>. Tradicionalmente, então, o direito regulatório tem sido visto como melhor alternativa para a redução das ineficiências observadas na existência de um monopólio natural, aplicado por uma agência reguladora que imponha regras de conduta e fiscalize seu cumprimento. Essa agência teria competência

---

mecanismos de mercado, sendo reprimido somente o abuso do poder econômico, ou acordos e práticas que diminuam injustificadamente ou fulminem a concorrência. DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 286.

<sup>78</sup> Nos Estados Unidos da América as agências reguladoras setoriais surgiram já no século XIX, tendo como precursora a *Interstate Commercial Commission* (1887), agência reguladora do transporte ferroviário em âmbito federal. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 50. Entretanto elas se multiplicaram e assumiram importância determinante na década de 30 no contexto do *Welfare State*, como forma de controlar e garantir a concorrência e uma adequada prestação dos serviços de utilidade pública, as *public utilities*. Para os Estados Unidos da América, a regulação por intermédio das agências constituiu uma brutal ruptura com a concepção de Estado mínimo, antes proibido de intrometer-se em áreas como fixação de preços, disseminação de informações aos usuários, monitoramento de práticas concorrenciais, em suma, regulação de mercados. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 243.

<sup>79</sup> DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271. A existência de um monopólio natural implica na aceitação da posição dominante do controlador do bem, ficando este, contudo, condicionado ao atendimento de uma obrigação ampla de fornecimento do bem essencial às empresas que dele dependem. Essa obrigação deve ser entendida como abrangente da oferta de acesso ao mercado em condições tais que viabilizem a atuação de outros agentes econômicos, em ambiente concorrencial. Os principais monopólios naturais remanescentes são as redes de telefonia e transmissão e distribuição de energia elétrica, muito embora o desenvolvimento econômico tenha possibilitado uma divisão de algumas fases na cadeia destes serviços, e oportunizado, assim, em certo nível, a introdução do regime de concorrência, remanescendo a administração das redes sob exploração em regime de monopólio. ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 290. Como em outras indústrias de rede, a questão principal para a concorrência efetiva é, obviamente, assegurar o acesso sem discriminação a terceiros das facilidades de transmissão, sob regime de monopólio.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 139.

para obrigar as empresas envolvidas nas diversas atividades de abastecimento de energia elétrica a realizarem investimentos e a manterem a qualidade do produto, bem como a atenderem a todos os consumidores/usuários (universalidade), entre outras obrigações de serviço público<sup>81</sup>. Em face da existência de um monopólio natural, o governo necessita criar uma estrutura jurídica que possa exercer uma *concorrência econômica artificial*<sup>82</sup>. A divisão das empresas em segmentos de atuação, setoriais e intrassetoriais, seria estratégia para garantir maior transparência para investimentos, além de facilitar a fiscalização e cobrança de eficiência<sup>83</sup>.

Tendo a União Europeia o objetivo de introduzir um sistema de livre concorrência a um setor que, além de essencial ao funcionamento do bloco e caracterizado pela disciplina dos serviços de interesse econômico geral, ainda era tradicionalmente protegido pelos Estados-Membros como parte de sua política industrial, podia-se valer tão somente do direito da concorrência, ou então associá-lo a normas comuns ou aproximadas de regulação.

Conforme visto, a opção do Brasil foi, inicialmente, buscar uma associação paritária de regulação e concorrência, tendo-se afastado desta última política, porém, na última década, hoje prevalecendo a regulação e o controle estatal centralizado. Já a opção da União Europeia foi proceder a uma liberalização do setor de energia elétrica através de pacotes legislativos que impunham, de um lado, a obrigação de garantir-se a concorrência justa entre empresas de quaisquer Estados-Membros, e o acesso<sup>84</sup>, para tanto, isonômico

---

<sup>81</sup> Muito embora essas premissas sejam atacadas por estudos sólidos da doutrina de Law & Economics, especialmente pelo autor Richard Posner. POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. No mesmo sentido: POSNER, Richard A. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n. 4, ago., 1975. Nas palavras do autor M. E. Beesley, “a preferable alternative to detailed regulation of costs, profits or prices is greater reliance on competition policy.”. BEESLEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2ª ed. New York: Routledge, 1997. p. 31.

<sup>82</sup> SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de Direito da Energia- Tomo I*. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011. p. 271.

<sup>83</sup> O mesmo processo observou-se no setor de telefonia, conforme aprofundado no estudo de Ricardo Leal de Moraes: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>84</sup> Três são as condições fundamentais para permitir uma concorrência efetiva em uma indústria de rede, nomeadamente, o acesso livre à rede, a competição livre entre fornecedores,

às redes de transporte e distribuição e, de outro lado, obrigações de garantias mínimas aos consumidores, denominadas obrigações de serviço público.

A questão da inserção de empresas públicas e com direitos especiais no regime de concorrência, embora constasse já do direito primário<sup>85</sup> da União Europeia desde sua gênese, não foi objeto de muita atenção até o início dos anos noventa, quando mundialmente se verificou uma tendência à liberalização de diversos serviços de rede<sup>86</sup>. Desde então se passou a questionar em que medida as normas concorrenciais poderiam e deveriam ser aplicadas a empresas inseridas nestes setores, dentre eles o de energia elétrica, e em que medida tal aplicação do direito da concorrência prejudicaria os objetivos dos Estados, bem como o fornecimento de bens e serviços considerados essenciais.

Na União Europeia, o Tratado, já em 1957, abordou a questão das empresas públicas ou das empresas privadas que recebem algum tipo de privilégio ou interferência estatal, em norma que se mantém idêntica até hoje no direito primário. Naquele Tratado, o artigo 90<sup>87</sup>, posteriormente artigo 86 e atualmente o artigo 106 TFUE, expressa que:

---

e a escolha livre dos consumidores. Somente quando estas três condições forem efetivamente verificadas verdadeiras, poder-se-á falar em um mercado de energia verdadeiramente liberalizado na União Europeia. ALBERS, Michael. The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 52.

<sup>85</sup> O direito primário, também designado ou direito originário, constitui o direito supremo da União Europeia. Situa-se no cume da pirâmide do ordenamento jurídico europeu e é constituído pelo conjunto dos tratados constitutivos da União Europeia (Tratado Euratom e Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia, ambos de 1957, e Tratado da União Europeia, de 1992), alterados e adaptados por diferentes tratados e atos. O direito secundário, por sua vez, constitui-se nos atos legislativos adotados pelos órgãos da União Europeia em conformidade com as competências estabelecidas nos tratados fundamentais. Sobre as fontes do direito unional: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência – na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. p. 59 *et seq.*

<sup>86</sup> Sobre o histórico da liberalização ocorrida no setor de telecomunicações, ver MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 12 *et seq.*

<sup>87</sup> Treaty of Rome, 1957, disponível em <[http://ec.europa.eu/economy\\_finance/emu\\_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf)>.

“1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º 109º, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas.”

Este é o único artigo do Tratado em que são mencionadas as empresas públicas, e sempre foi a norma central a regular os direitos e as obrigações dos Estados-Membros enquanto participantes da economia<sup>88</sup>. A norma é vista como tendo um caráter de compromisso<sup>89</sup>, a fim de evitar protecionismo exagerado que impedisse o desenvolvimento do mercado comum, hoje do mercado interno<sup>90</sup>. Mas, principalmente, o artigo 106 TFUE traz à evidência que o direito unional não rechaça a existência de empresas públicas ou o fenômeno dos direitos e das garantias especiais<sup>91</sup>, o que caracterizaria uma intervenção para além das competências do Tratado<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1849.

<sup>89</sup> GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; et. al. (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1265. O Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que esse parágrafo procura reconciliar os interesses dos Estados-Membros em usar certas empresas, em particular no setor público, como um instrumento de política econômica e fiscal com o interesse da Comunidade em assegurar obediência às regras de concorrência e preservação da unidade no mercado comum (ECJ, C-202/88).

<sup>90</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>91</sup> GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; et. al. (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p.1270.

<sup>92</sup> O artigo 106 TFUE não é a única norma a dispor sobre a participação dos Estados na economia, mas deve ser lido conjuntamente com o art. 345 TFUE, que mantém a decisão de alocação de propriedade entre as competências dos Estados-Membros. É consenso que estatizações e, igualmente, privatizações não se inserem no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O artigo 345 TFUE confirma que a existência de empresas públicas é fundamentalmente compatível com o Tratado, não havendo qualquer obrigação de privatização em setor algum. *Ibidem*, p. 1265. No mesmo sentido: MESTMÄCKER, Ernst-

Apenas busca, a norma, minimizar de alguma forma os impactos desses privilégios na formação do mercado interno.

O estudo deste artigo 106 TFUE e de suas nuances faz-se necessário para a compreensão do estado da arte em matéria de política de energia no bloco e sua relação com o direito antitruste, porquanto é justamente desta norma que a União Europeia extraiu competência e parâmetros para a interferência já efetuada no setor. Embora regra constante do Tratado em sua versão original, conforme referido, e objeto de incansáveis tratativas entre os Estados-Membros ao longo dos anos, seu alcance pode somente ser compreendido em vista da alteração de posicionamento da União Europeia em relação aos serviços de interesse econômico geral e, conseqüentemente, através dos estudos recentes sobre as inúmeras e consecutivas medidas que têm sido propostas e implementadas no bloco no sentido de, finalmente, criar-se uma política de concorrência para os setores que antes se constituíam basicamente de monopólios estatais.

Diversamente das regras gerais de concorrência, dirigidas às empresas em geral, o artigo 106 TFUE dirige-se aos Estados-Membros em suas relações com empresas<sup>93</sup> públicas<sup>94</sup> e com direitos especiais<sup>95</sup>,

---

Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 660.

<sup>93</sup> Quanto à conceituação de “empresa”, irá referir-se ao mesmo conceito utilizado nas demais regras concorrenciais, conceito amplo que abrange todas as unidades econômicas que exercem atividades voltadas ao mercado, não se exigindo nenhuma forma legal específica no direito nacional; trata-se de um conceito comunitário, não idêntico à soma dos conceitos dos Estados-Membros. JAEGER JUNIOR, Augusto ; NORDMEIER, Carl Friedrich . *O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul*. Revista de Direito da Concorrência, v. 14, p. 11-43, 2007. A jurisprudência desenvolveu um conceito de empresa para o direito comunitário, colocando-a como “*uma organização singular de elementos pessoais e materiais tangíveis e não tangíveis unidos em uma entidade legal autônomo perseguindo um dado objetivo econômico de longo termo*”, no julgamento do caso Klöckner Werke AG e Hoesch AG. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Julgamento dos casos conjuntos 17/61 e 20/61. Klöckner Werke AG e Hoesch AG v. Autoridade Superior da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Julgado em 13 de julho de 1962.

<sup>94</sup> O conceito de empresa pública não está definido no direito primário; entretanto, no direito secundário, desde 1980 já era possível encontrar-se uma conceituação desta na diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas. Naquele texto, hoje já significativamente alterado, conforme se verá na sequência, as empresas públicas eram conceituadas, para fins da diretiva, como *qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da*

somente<sup>96</sup>. As empresas públicas e aquelas com direitos especiais são, assim, caracterizadas pelo fato de que o Estado tem determinada influência sobre a sua direção mediante atos que não necessariamente são de soberania<sup>97</sup>. Ou seja, o Estado deve ter a possibilidade de influenciar o comportamento da empresa através de medidas que não sejam legislativas, de decisões gerenciais<sup>98</sup>. Uma atuação não terá caráter econômico e, portanto, não estará sob aplicação das regras de concorrência quando estiver relacionada, pela sua natureza e pelas regras a ela aplicáveis, com exercício de prerrogativas soberanas. Neste caso, o Estado atua como agente público e não como empresa<sup>99</sup>.

---

*propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem.* (art. 2º) Ainda, pelo mesmo texto, presumir-se-ia a existência de influência dominante quando os poderes públicos, direta ou indiretamente, (i) detivessem a maioria do capital subscrito da empresa, (ii) dispusessem da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa, ou (iii) pudessem designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa. Assim, a diretiva reconhecia já que os poderes públicos pudessem exercer uma influência dominante no comportamento das empresas, não só no caso de serem seus proprietários ou nelas deterem uma participação majoritária, mas também em consequência dos poderes que detivessem nos seus órgãos de gestão ou de fiscalização, por força de disposições estatutárias ou em consequência da repartição das ações, devendo haver, conforme exige a diretiva, transparência suficiente a permitir uma clara distinção entre o papel do Estado como poder público e como proprietário, conforme considerandos da referida diretiva. COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L 195 de 29/07/1980.

<sup>95</sup> O conceito de direitos especiais, por sua vez, foi sintetizado no direito unional secundário na diretiva da Comissão 94/46/CE, que regulava as comunicações por satélite no bloco, e atualmente já foi transposto para a diretiva relativa à transparência com relação às empresas públicas. Conforme o artigo 1º da referida legislação, "direitos especiais", são os direitos concedidos por um Estado-membro a um número limitado de empresas, através de um ato legislativo, regulamentar ou administrativo, que, numa determinada área geográfica, (i) limitem, a dois ou mais, o número de tais empresas, sem ser em função de critérios objetivos, proporcionais e não discriminatórios, (ii) designem, sem ser em função de tais critérios, diversas empresas concorrentes, ou (iii) confirmem a uma ou mais empresas, sem ser em função dos critérios acima referidos, vantagens legais ou regulamentares que afetem de forma substancial a capacidade de qualquer outra empresa importar, comercializar, ligar e assegurar a entrada em funcionamento e a manutenção de terminais de telecomunicações na mesma área geográfica em condições substancialmente equivalentes. COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 94/46/CE da Comissão, de 13 de Outubro de 1994, que altera as Diretivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz respeito às comunicações por satélite. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L268/15, em 19.10.1994. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0046:PT:HTML>>. Consulta em 10.03.2013.

<sup>96</sup> O artigo 106, n. 1, TFUE tem caráter, portanto, de *lex specialis* e atua como norma de envio aos outros dispositivos do tratado, em especial as regras de concorrência e de livre circulação de bens e serviços. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1853.

<sup>97</sup> *Ibid.* p. 1855.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 1868.

<sup>99</sup> MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 695. Nesse

Conforme se lê do número um da supra colacionada norma, tem ela por objetivo precípuo evitar distorções na política de concorrência justamente por estas empresas referidas, ressalvando-se dentre estas, no artigo 106, n. 2, TFUE, tão somente aquelas encarregadas de serviços especiais, tratados no tópico seguinte, e na medida em que estritamente necessário. Podem ser consideradas em afronta ao artigo 106, n. 1, TFUE qualquer atuação jurídica ou fática do Estado sobre a(s) empresa(s), que conduza ou possa conduzir a uma atuação infracional desta, contanto que a medida não seja de natureza genérica que alcance tanto empresas privadas quanto empresas públicas ou com direitos especiais<sup>100</sup>.

A inserção desta norma já no tratado da União Europeia, em sua versão original, em 1957, demonstrava a consciência de que uma concorrência efetiva devia englobar, além das empresas privadas, aquelas que tivessem a participação, em sua gestão, de capital ou outra forma de auxílio dos Estados-Membros, sob pena de distorções. Entretanto, a sua aplicação era excluída naqueles setores em que não se vislumbrava a possibilidade de concorrência, como no setor de energia elétrica. Seus contornos passaram a ser, contudo, questionados quando se iniciaram as liberalizações na década de noventa.

Uma primeira compilação dos critérios relevantes que caracterizariam uma infração ao artigo 106, n. 1, TFUE foi exposta pela jurisprudência “van Eycke”<sup>101</sup>, que definiu que um Estado-Membro<sup>102</sup> infringiria

---

sentido também JAEGER JUNIOR, Augusto. *Os critérios de mercado relevante e investidor privado no direito comunitário da concorrência*. Espaço Jurídico, São Miguel do Oeste, SC, v. 5, n. 3, p. 29-36, 2002.

<sup>100</sup> HOCHBAUM, Ingfried, *Op. Cit.*, p. 1882.

<sup>101</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Acórdão de 21 de setembro de 1988 – Pascal Van Eycke contra Sociedade Anônima ASPA – Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Vrederegerecht do Cantão de Beveren. Processo 267/86. Publicado na Coletânea da Jurisprudência 1988, p. 04769. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0267:PT:HTML>>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>102</sup> O número um do artigo 106 TFUE é, conforme unanimemente aceito, dirigido aos Estados-Membros, proibindo-os de permitir, facilitar ou obrigar o comportamento de empresas que o Tratado proibiria aos próprios Estados-Membros, como a violação das liberdades fundamentais, especialmente a de concorrência. Esse número um vincula os Estados-Membros

o artigo 106 TFUE quando tomava ou mantinha em vigor medidas de natureza legislativa ou regulamentar *suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras de concorrência aplicáveis às empresas*. E esse é o caso quando um Estado-Membro (i) *impõe ou favorece a conclusão de acordos* contrários às normas de concorrência, ou (ii) *reforça os efeitos de tais acordos*, ou ainda, (iii) *retira à sua própria regulamentação o seu caráter estatal, delegando em operadores econômicos privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria econômica*<sup>103</sup>.

Por outro lado, o parágrafo segundo do mesmo artigo autoriza os Estados-Membros a confiarem a empresas tarefas especiais em prol do

---

em sua relação com empresas públicas ou com privilégios a todas as normas do Tratado e do direito unional. Controversa é a aplicação direta deste dispositivo às empresas. Alguns autores entendem que a posição do Tribunal é no sentido de reconhecer o direcionamento da norma também às empresas públicas (caso Sachi ECJ 155/73), pois, a despeito de não ser reconhecido o efeito direto das normas em prejuízo de pessoas, no caso de empresas públicas e com privilégios, elas estariam sendo endereçadas como se Estado fossem. SÄCKER, Franz Jürgen; *et. al. Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1281. A especificidade do Artigo 106, n. 1, é que os Estados-Membros são destinatários da norma “em relação” às empresas ali mencionadas. É justamente o comportamento das empresas, que estão próximas à mão do administrador público, que não pode ser colocado em contrariedade às normas de concorrência. Neste caso, de as medidas legislativas do Estado-Membro criarem a situação jurídica em que as empresas não tenham a possibilidade de se comportarem em conformidade com as regras de concorrência, elas não podem ser responsabilizadas na forma dos artigos 101 ou 102 TFUE. Se é dado, porém, às empresas agirem autonomamente, mas o Estado-Membro se coaduna com tal prática, a Comissão pode sancionar tanto a conduta da empresa, quanto a conduta do Estado-Membro. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. *In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1888.

<sup>103</sup> Alguns exemplos hipotéticos podem ser trazidos com o fim de elucidar-se a aplicação do artigo 106 TFUE em conjunto com as regras de concorrência, o que será revisitado quando tratado especificamente do controle das empresas no setor de energia. Relativamente ao artigo 101 TFUE que, conforme visto, proíbe acordos e práticas concertadas anticoncorrenciais, pode-se cogitar de um caso em que o Estado-Membro autorize a cobrança de preços e tarifas que se tenham originado por infração ao artigo 101 TFUE; nesta hipótese o Estado-Membro estará fortalecendo os efeitos anticoncorrenciais e cometendo, conseqüentemente, uma infração contra o artigo 106 conjugado com o artigo 101 do Tratado. Neste caso, pode ser iniciado um processo contra o Estado-Membro por infração ao Tratado e, igualmente, contra as empresas envolvidas por infração às normas unionais de concorrência. Relativamente ao artigo 102 TFUE, que proíbe o abuso de posição dominante, cumpre referir que, se o Estado-Membro, através de atos normativos, garantir posição dominante a uma ou mais empresas, em caso de haver superveniente abuso desta posição dominante lograda, extrai-se também responsabilidade do Estado nos termos do artigo 106, n. 1, TFUE combinado com o artigo 102 TFUE do mesmo diploma. Esta responsabilidade, conforme entendimento doutrinário, deve ser atribuída ao Estado independentemente de esse ter obrigado ou favorecido aquela conduta. Neste caso, ela será tão somente justificada pelo fato de que o Estado colocou a empresa naquela posição dominante, criando assim o risco do abuso; pode-se dizer, conseqüência lógica, que o Estado tem um dever de vigilância dessas empresas. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 671.

interesse econômico geral e direcionar a política econômica em seu território com a ajuda dessas empresas. O artigo 106, n. 2, trata, então, das *empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral*, dirigindo-se às empresas que são incumbidas da prestação de serviços de interesse geral<sup>104</sup>. Essas provisões se complementam, uma vez que as empresas encarregadas da prestação de tais serviços quase sempre serão empresas públicas ou empresas privadas com direitos especiais<sup>105</sup>. Quando a infração das normas de concorrência for imprescindível<sup>106</sup> para a prestação dos serviços de interesse geral, a própria empresa pode socorrer-se do art. 106, n. 2, como matéria de defesa<sup>107</sup>, para justificar eventual infração às normas de concorrência que lhe tenha sido imputada<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Essas empresas, enquanto destinatárias das normas, devem observar o Tratado, na medida em que esta observância não as impeça de prestar os serviços aos quais ela foi incumbida. Parcela da doutrina reconhece apenas as empresas prestadoras dos referidos serviços como destinatárias da norma (HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. *In*: SCHRÖTER, Helmut; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1892). Contudo, para os autores MESTMÄCKER/SCHWEITZER (MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007, p. 683), embora não conste expressamente do texto legal, os Estados-Membros também são destinatários da norma inserida no artigo 106, parágrafo segundo, justamente porque o ato de encarregar uma empresa da consecução de um serviço de interesse econômico geral é um ato de soberania Estatal; além disso, o parágrafo segundo justamente pode justificar alguns atos que, fosse aplicado somente o parágrafo primeiro, seriam considerados como violações ao Tratado. Semelhante posicionamento é encontrado em GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. *In*: SÄCKER, Franz Jürgen; *et. al.* (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1290.

<sup>105</sup> HOCHBAUM, Ingfried. *Op.cit.*, p. 1891.

<sup>106</sup> O Tribunal de Justiça já aceitou o argumento de que a concorrência absoluta poderia por em cheque a prestação de serviços de interesse econômico geral se algumas empresas pudessem selecionar clientes atrativos enquanto as empresas outorgadas teriam que seguir suprimindo a demanda de todos os demais consumidores. Case C-320/91 Paul Corbeau, 19 de maio de 1993, [1993] ECR I-2563.

<sup>107</sup> Essa impossibilidade de realização das tarefas sem infração à concorrência, conforme referido, deve ser jurídica ou fática, recaindo o ônus da prova na empresa que se defende com a exceção; entretanto, por razões de razoabilidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia não entende ser ônus do Estado-Membro demonstrar a inexistência de outro meio menos restritivo à concorrência de realização da atividade – este ônus recairia à Comissão, caso ela questionasse esse ponto. Para aplicação da exceção, ainda, é necessário que haja um impedimento, impossibilidade de realização da tarefa, não bastando somente uma dificuldade para tanto, conforme mesma jurisprudência. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815). Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43429&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1681572>>. Consulta em 07/04/2013.

<sup>108</sup> HOCHBAUM, Ingfried. *Op.cit.*, p. 1892. Conforme entendimento expressado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, por estabelecer uma exceção, essa norma deve ser interpretada restritivamente, posição que se extrai do julgamento ECJ, C-340/99, TNT Traco/Poste Italiane [2001].

A ideia motora da norma é a constatação de que a imposição da concorrência estrita poderia ameaçar os serviços de interesse econômico geral se algumas empresas pudessem, por exemplo, selecionar clientes interessantes, enquanto que a outorgada tivesse que seguir suprindo a todos os usuários<sup>109</sup>. É evidente que a imposição de obrigações de serviço público – garantia de acesso universal aos serviços, proteção contra a descontinuidade do serviço, entre outras – são onerosas às empresas, e não surgem espontaneamente, portanto, de um regime puramente concorrencial.

A identificação das empresas abrigadas pela exceção do parágrafo segundo desta norma faz-se pela delegação, pelo Estado-Membro, de tarefas de interesse econômico geral a estas<sup>110</sup>. Assim, justamente em razão dessa necessidade de outorga de uma tarefa específica em interesse público, e das diferentes formas que este ato pode assumir, o âmbito e a aplicação do artigo 106, n. 2, TFUE deve variar de Estado-Membro para Estado-Membro<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; *et al.* (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1229.

<sup>110</sup> A Comissão já defendeu a posição, na sentença *Sacchi*, que o interesse econômico geral deveria ser separado dos demais interesses públicos, em especial culturais e sociais, sendo que somente o primeiro atrairia a aplicação da norma do artigo 106, n. 2. Esta posição é ligeiramente criticada na literatura, por dois aspectos.<sup>110</sup> Primeiro, porque de regra é difícil a separação entre o caráter econômico e social, ou cultural, dos serviços levados a efeito pelas empresas encarregadas. Mas principalmente: o artigo 106, n. 2, é dirigido primeiramente às empresas, e o interesse do Estado-Membro sempre vai ser econômico quando realizável através da atuação empresarial. Ademais, a aplicação do direito da concorrência somente é questionada quando se estiver diante de uma atividade empresarial, econômica. Não sendo este o caso, não há que se questionar a aplicação de qualquer norma de concorrência e, conseqüentemente, também não do artigo 106 TFUE. Igualmente, não há que se cogitar da aplicação da exceção do n. 2 quando se tratar de interesses de política industrial dos Estados-Membros, somente, devendo haver interesse da coletividade. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 779; GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; *et al.* (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1293.

<sup>111</sup> É controverso, por exemplo, que o setor de energia na Alemanha possa se utilizar dessa exceção, porquanto falta para as empresas encarregadas da distribuição de energia no Estado-Membro, porquanto, muito embora todas elas estejam situadas em um setor econômico regulado, no qual existem obrigações especiais para as empresas advindas de normas públicas, falta a outorga individual, a uma ou algumas empresas, de tarefas que “se considerasse os seus próprios interesses comerciais, uma empresa não assumiria ou não teria assumido na mesma medida ou nas mesmas condições”. Assim, conforme a jurisprudência dos tribunais regionais e da autoridade antitruste alemã, a pretensão à exceção do parágrafo segundo do artigo 106 demanda uma estrutura de decisão do Estado que falta ao direito

O final do dispositivo (“*na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada*”), por fim, exige que se proceda a um juízo de proporcionalidade<sup>112</sup>; fala-se em concorrência, mas aqui se inserem também as restrições às demais liberdades econômicas fundamentais. Há, por exemplo, limites que não podem ser ultrapassados, pela gravidade da sua contrariedade ao interesse comunitário, como, por exemplo, discriminação pela nacionalidade, ou violação de algum direito fundamental<sup>113</sup>. Nesse sentido, entendimento expresso pela Comissão Europeia:

---

alemão. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 772. No mesmo sentido: GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; et. al. (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1294; e HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1921. Uma licença governamental que não garante direitos exclusivos, e é dada a empresas ante a satisfação de pré-condições, somente, não é considerada apta a estabelecer direitos especiais no sentido do art. 106, 1, TFUE. GUNDEL, Jörg. *Op. Cit.* p. 1279. Esta necessidade é reforçada por comunicados recentes da Comissão Europeia, como se vê: “47. O primeiro critério do acórdão *Altmark* estabelece a necessidade de uma definição da tarefa do SIEG. Esta exigência coincide com o artigo 106, n. 2, do Tratado. Resulta destas disposições que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral são empresas encarregadas de uma “missão particular”. Em geral, a atribuição de uma “missão particular de serviço público” implica a prestação de serviços que, se considerasse os seus próprios interesses comerciais, uma empresa não assumiria ou não teria assumido na mesma medida ou nas mesmas condições. Na aplicação de um critério de interesse geral, os Estados-Membros ou a União podem submeter esses serviços a obrigações específicas.” Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 11.1.2012. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:008:0004:0014:PT:PDF>>. Consulta em 07/4/2013.

<sup>112</sup> HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1901. O Tribunal Europeu fornece às Cortes dos Estados-Membros algumas diretrizes do julgamento da proporcionalidade, nomeadamente: (i) a intervenção deve ser limitada no tempo estritamente necessário para atingir-se o objetivo, para que não se torne definitiva; (ii) o método de intervenção não deve ultrapassar o necessário para atingir o objetivo perseguido e (iii) deve-se atentar para o escopo *ratione personae* da medida e, principalmente, seus beneficiários. DERUYTTER, Thomas; et. al. Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets. In: DELVAUX, B.; HUNT, M.; TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 84. O juízo de proporcionalidade é interno com relação à necessidade daquela medida para o interesse já estabelecido do Estado-Membro, este respeitado pelo direito unional como legítimo. Salvo erro manifesto identificado pela Comissão, conforme adrede referido, não poderá haver nem pelo judiciário nacional e nem pelo Tribunal de Justiça da União Europeia mais do que um “controle marginal” das decisões políticas, sociais e econômicas do Estado-Membro. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 789.

<sup>113</sup> HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1905. Deve-se ter em conta que essa norma não tem a intenção de proteger as empresas detentoras de direito especiais, mas sim a tarefa que elas executam. Em decorrência disso, o artigo 106, n. 2, TFUE não

“48. Por conseguinte, a Comissão considera que não seria adequado associar obrigações específicas de serviço público a uma atividade cuja prestação está já assegurada, ou pode ser assegurada de forma satisfatória e em condições, tais como o preço, características qualitativas objetivas, continuidade e acesso ao serviço, conformes ao interesse público tal como definido pelo Estado, por empresas que desenvolvem a suas atividades em condições normais de mercado. Quanto à questão de saber se se trata de um serviço que pode ser assegurado pelo mercado, a avaliação da Comissão limita-se a analisar se o Estado-Membro cometeu um erro manifesto. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral”<sup>114</sup>.

A derrogação do direito da concorrência em razão da tarefa levada a efeito pela empresa, ademais, é limitada pela frase segunda, do n. 2, do artigo 106 TFUE: *o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União*. Nenhuma justificativa de interesse nacional é admissível quando afetar sobremaneira os interesses da União, ou quando houver uma violação dos princípios basilares do direito unional. Neste caso, pode ser a concessão de uma exceção, independentemente de sua importância econômica para o Estado-Membro, insustentável para o bloco.

O n. 3 da norma, por fim, como norma destacável no direito primário unional, confere à Comissão Europeia poderes legislativos com vistas à promoção da abertura dos mercados. Referida norma concretiza a tarefa da Comissão, prevista no artigo 17 do Tratado da União Europeia (TUE), de garantir a observância das normas do Tratado; essa competência é alargada para, além de permitir à Comissão dirigir decisões específicas aos Estados-

---

oferece a essas empresas qualquer proteção contra medidas de liberalização adotadas pelos Estados-Membros que vão além da liberalização imposta pelas diretivas europeias. GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; et. al. (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1298.

<sup>114</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral Texto relevante para efeitos do EEE*. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº C 008 de 11/01/2012.

Membros, determinando providências, conferir-lhe também poderes legislativos, para expedição de diretivas<sup>115</sup>, no sentido do art. 249 TFUE.

A liberalização do setor de telecomunicações<sup>116</sup> foi impulsionada por meio de diretivas expedidas de acordo como artigo 106, n. 3<sup>117</sup>. O mesmo, contudo, não ocorreu no setor de energia, em que a liberalização tem sido desde o início concretizada através do processo legislativo ordinário, conforme o artigo 294 TFUE, com a expedição de regulamentos e diretivas de harmonização, apenas com o impulso legislativo da Comissão Europeia, mas com o cancelamento do Parlamento e Conselho Europeus<sup>118</sup>. Esta diferenciação pode ser atribuída ao histórico da política de energia do bloco, tópico a ser visto na sequência, e a tradição de forte vinculação desta à ideia de soberania dos Estados-Membros, além do fato de somente em alteração recente a referida política ter passado a constar, pela

---

<sup>115</sup> A competência conferida à Comissão por esta norma, contudo, limita-se às decisões e diretivas que são necessárias (imprescindíveis) para cumprir, de maneira eficaz, os deveres de observação que lhe impõe o mesmo parágrafo. Dispõe, na utilização desses instrumentos, de considerável discricionariedade, muito embora se note uma tendência da Comissão de consultar para a expedição de diretivas previamente o Parlamento. Neste sentido: OLIVIER, Mach; *et. al. Grands principes du droit de la concurrence*. Dossier de droit européen, nº 7. Bruylant: Halbing & Lichtenhahn, 1999, e MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 810.

<sup>116</sup> Sobre a liberalização no setor de telecomunicações, ver: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>117</sup> Essa competência legislativa, uma vez posta em prática após décadas de letra morta, passou a ser insistentemente questionada pelos Estados-Membros, através do ajuizamento de diversas ações anulatórias (chamadas “ações de nulidade”, conforme tradução para o direito português), baseadas nos argumentos de divisão dos poderes e ordem de competência no direito unional. O Tribunal de Justiça da União Europeia por diversas vezes confirmou a competência da Comissão para a emissão de tais atos, inclusive não dando guarida às ações dos Estados-Membros que reclamavam da ausência de proporcionalidade das medidas, ressaltando ainda que as diretivas teriam a mesma forma e o mesmo efeito jurídico daquelas oriundas do Conselho e do Parlamento. Neste sentido o julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia: República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias, “Concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações”, 17.11.1992, C-202/88, Slg. 1991, I-1223.

<sup>118</sup> A liberalização do setor de energia na União baseou-se, assim, em diretivas de harmonização, com fundamento jurídico no artigo 114 TFUE, iniciando com uma liberalização parcial por meio de diretivas e regulamentos expedidos em conformidade com o procedimento legislativo ordinário previsto no artigo 294 TFUE. A Comissão não só não se utilizou da sua faculdade de expedir diretivas para o setor de energia como, igualmente, não endereçou decisões nos termos do parágrafo terceiro a práticas anticoncorrenciais dos Estados-Membros. Ambas as medidas seriam possíveis à luz desta norma como, aliás, restou concretizado para o setor de telecomunicações.

primeira vez, dentre as competências unionais, no direito primário, atualmente no título XXI do TFUE.

Em razão dos poderes legislativo e executivo que são conferidos à Comissão pelo artigo 106 TFUE, esta tem um papel central nas discussões políticas de aplicação dessa norma e liberalização dos setores de base através de diretivas. Busca, desde a década de noventa, sistematizar sua posição relativamente a esses setores<sup>119</sup>. Por esta razão se diz que a liberalização que ocorreu em vários setores de base, dentre eles o de energia, não foi fruto do trabalho jurisprudencial, mas da intensa produção legislativa, de parte ou iniciativa da Comissão Europeia, com a publicação de diretivas dirigidas aos Estados-Membros e com prazo razoavelmente curto para implementação, tudo após longas análises e pesquisas e diversas consultas públicas<sup>120</sup>.

Para que se possa visualizar a evolução já havia na matéria, pode-se referir que o direito unional, ao demandar dos Estados-Membros transparência nas suas relações com as empresas públicas ou que gozassem de direitos especiais, com a apresentação das principais contas, excluía desta obrigação as empresas públicas prestadoras de serviços de interesse econômico geral, nomeadamente dos setores de água, energia, telecomunicações, correios, transportes, e instituições públicas de crédito<sup>121</sup>. Conforme se verá, levando em conta a liberalização destes setores na década que se seguiu, a mais recente alteração da diretiva relativa à transparência nas

---

<sup>119</sup> Nesse sentido o Livro Branco sobre Serviços de Interesse Econômico Geral, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0374:FIN:PT:PDF>>.

<sup>120</sup> GUNDEL, Jörg. Part 2: Articles 81-86 of the EC Treaty and Block Exemption Regulations. In: SÄCKER, Franz Jürgen; *et. al.* (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1308.

<sup>121</sup> Diretiva 80/723/CEE da Comissão, conforme versão portuguesa, Artigo 4º: “A presente diretiva não respeita às relações financeiras entre os poderes públicos e (a) As empresas públicas, no que respeita às prestações de serviços que não sejam susceptíveis de afetar sensivelmente as trocas comerciais entre os Estados-membros; (b) As empresas públicas no que respeita à atividade exercida nos sectores seguintes: - água e energia, incluindo, no que se refere à energia nuclear, a produção de urânio, o seu enriquecimento e o retratamento dos combustíveis irradiados, bem como a preparação dos materiais que contém plutônio, - correios e telecomunicações, - transportes; (c) As instituições públicas de crédito; (d) As empresas públicas cujo volume de negócios livre de impostos não tenha atingido um total de 40 milhões de unidades de conta europeias durante os dois anos financeiros anteriores ao da atribuição ou da utilização dos recursos referidos no artigo 1º.”

contas das empresas públicas<sup>122</sup> já suprimiu essa exclusão, trazendo em seu texto as seguintes considerações que bem resumem a alteração de cenário entre uma data e outra:

*“(2) Diversos sectores da economia que se caracterizavam no passado pela existência de monopólios nacionais, regionais ou locais foram ou estão a ser abertos parcial ou totalmente à concorrência, por força do Tratado ou de normas adotadas pelos Estados-Membros e pela Comunidade. Este processo permitiu evidenciar a importância de uma aplicação equitativa e efetiva a estes sectores das regras de concorrência do Tratado, nomeadamente para que não se verifique um abuso de posição dominante nos termos do artigo 82º do Tratado, nem a concessão de auxílios estatais nos termos do artigo 87º do Tratado, a menos que tal seja compatível com o mercado comum, sem prejuízo da eventual aplicação do nº 2 do artigo 86.o do Tratado.*

*(...)*

*(6) Situações complexas decorrentes da diversidade de formas que assumem as empresas públicas e privadas a quem foram concedidos direitos especiais ou exclusivos ou que foram encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral, bem como a gama de atividades que podem ser exercidas por uma só empresa e o diferente grau de liberalização dos mercados nos diversos Estados-Membros podem complicar a aplicação das regras de concorrência, em especial do artigo 86º do Tratado. É, portanto, necessário que os Estados-Membros e a Comissão disponham de informações pormenorizadas sobre a estrutura interna destas empresas, em termos financeiros e organizacionais, em especial de contas distintas e fiáveis relativas às diferentes atividades exercidas pela mesma empresa. Tal informação nem sempre está disponível ou nem sempre é suficientemente pormenorizada ou fiável”<sup>123</sup>.*

Pelo texto da diretiva supra referida já se extrai uma mudança no trato dessas empresas, passando a ser englobadas no regime geral das demais empresas em outros setores, igualmente afetos à concorrência. O repúdio aos protecionismos estatais desleais e que acabam por afastar

<sup>122</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas. Publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias nº L318/17, em 17.11.2006. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0111:PT:NOT>>. Consulta em 10.03.2013.

<sup>123</sup> Considerandos n. 2 e n. 6 da Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas. Publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias nº L318/17, em 17.11.2006.

potenciais concorrentes ao setor resta expresso, demonstrando uma mudança radical no trato da matéria em questão de poucos anos. Razão, evidentemente, de atritos com os Estados-Membros, no intuito de protegerem suas empresas, e com os grandes monopólios do ramo.

O setor nomeado como mais exemplificativo desses conflitos de interesses entre a política econômica nacional e o desenvolvimento do mercado interno é o setor de energia. Nenhum outro setor apresenta, tradicionalmente, uma ligação tão estreita entre empresas e Estado<sup>124</sup>. Por tratar-se de um setor característico da prestação de serviços de interesse econômico geral, em que outros interesses necessitam ser protegidos ao lado daqueles econômicos, havendo preocupação principalmente com a sua continuidade, as empresas que atuam no setor de energia estão sujeitas a um regime de concorrência restrito em alguns aspectos, a despeito da liberalização, conforme o n. 2 do artigo 106 TFUE.

Assim sendo, a fim de que se possa compreender as especificidades em torno do setor ora analisado e entender as principais obrigações que detém os Estados-Membros no setor, relativamente aos seus cidadãos, mormente no tocante às obrigações de serviço público, mister faz-se o desenvolvimento do conceito de serviços de interesse econômico geral, central na norma supra referida e que acompanha todo o processo de liberalização no setor de energia.

### **1.C. Evolução do conceito de serviços de interesse econômico geral**

No contexto europeu, a evolução da noção dos “serviços públicos”<sup>125</sup> foi acompanhada pelo fortalecimento da expressão constante dos

---

<sup>124</sup> MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 658.

<sup>125</sup> A França foi o berço da noção de serviço público, com a chamada Escola do Serviço Público, que se expandiu para o mundo ocidental, como aquelas atividades que deveriam ser asseguradas, disciplinadas e controladas pelos governantes, sendo necessárias ao

tratados comunitários, de “serviços de interesse econômico geral”, hoje predominante, pois mais adequada, assim se entende, à realidade ali experimentada, conforme se explanará. Contudo, embora tenham esses serviços assumido um enfoque mais econômico, a garantia, aos cidadãos, de certas utilidades pelos Estados segue válida nos contextos nacionais. O que se verificou foi, tão somente, uma mudança de paradigmas na conceituação destes e na forma de sua prestação, ou asseguuração, adequando-se às novas realidades globais econômicas e, de outro lado, ao intenso crescimento das necessidades das populações.

---

desenvolvimento social e impossíveis de serem realizadas sem interferência estatal, necessariamente vinculadas a um regime de direito público. Atribui-se, segundo a doutrina, a Rosseau o uso originário da expressão “serviços públicos”, em seu texto do *Contrato Social*, abrangendo, naquela acepção, qualquer atividade estatal. Passa a ser empregada, assim, para designar uma atividade estatal, e não privada, e uma atuação a serviço do público para satisfação de uma necessidade coletiva. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20. A concepção predominante no século XIX, no Estado Liberal, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida privada dos indivíduos, garantindo-se (assim se acreditava) independência, autonomia e liberdade; assim, não havia espaço para a prestação de utilidades aos indivíduos pelo Estado, ficando estas ao encargo de associações e empresas privadas. O desenvolvimento efetivo do conceito de “serviços públicos” deu-se com a ascensão do Estado Social, retomada por Duguit na sua construção ideológica de Teoria do Estado e pela Escola do Serviço Público. Assim expressou o referido autor a importância desta noção à época: “O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. E por aí está encerrada minha Teoria do Estado.” Para Duguit, o serviço público seria um dado objetivo e material: “toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, segundo tomo, *apud* GROTTI, *Op. Cit.*, p. 33. Ganhou força, com a escola do direito público, a noção subjetiva de que serviços públicos seriam aquelas atividades desempenhadas diretamente pelo Poder Público, e não as por privados. Esta noção enfrenta crise, entretanto, quando do início das concessões de serviços públicos, que passariam a ser prestados por privados, ainda que em nome do Poder Concedente. Ao longo do tempo, aliás, o instituto do serviço público, enquanto prestação de serviços com implicações econômicas pelo Estado, tem experimentado diversas crises, tendo alguns autores, inclusive, proclamado sua morte. Como corajosamente constatou o autor espanhol Gaspar Ariño Ortiz, o serviço público foi um instrumento de progresso e socialização; contudo, após ter cumprido sua função, seu ciclo estaria terminado, sendo impossível embalsamar o instituto, pois hoje mudaram os pressupostos econômicos e sociais, políticos e culturais que permitiram o nascimento e desenvolvimento desse instituto. A consequência disso, segue o autor, seria a necessidade de abrir-se caminho a novas realidades, mais competitivas, mais inovadoras, melhorando os serviços e a prestação. O autor fala em “desideologizar” a política econômica, dentro de um novo modelo de regulação econômica. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. *In*: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 22-23.

A expressão “serviços de interesse econômico geral”<sup>126</sup>, embora inserida há longa data no texto do direito unional, é compreendida como uma evolução dos termos utilizados no âmbito nacional para designar a prestação de utilidades pelo Estado. Infere um contexto econômico, destacando aqueles serviços que possam ser desmembrados da prestação direta pelo Estado a empresas – gerando, com isso, um interesse unional para além do local – daqueles sem fins diretamente econômicos, como o serviço de segurança pública, somente possíveis de serem prestados pelo próprio Estado.

Na experiência europeia, os serviços de interesse econômico geral assumem, após a onda de liberalizações, papel de destaque na concretização do mercado interno, quando passam a serem vistos como serviços passíveis de serem prestados em regime de (regulada) concorrência. Traço relevante desta noção adotada de serviços de interesse econômico geral é que não é o regime jurídico aplicado, nem o vínculo com o Estado, que os definem, mas a configuração de um interesse geral, com implicações econômicas<sup>127</sup>.

A Comunicação da Comissão Europeia sobre os Serviços de Interesse Geral na Europa, de 1996<sup>128</sup>, já deixava claro que, a despeito da adoção do modelo de economia aberta, a União está fundamentada na solidariedade e igualdade de tratamento<sup>129</sup>, concretizadas também pelos

---

<sup>126</sup> A expressão “serviços de interesse econômico geral” de há muito vem sendo precisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, abordando, de início, sua jurisprudência, essa qualificação através de uma perspectiva objetiva, levando em conta as características da atividade, tendência que passou a se inverter a partir dos julgados *Corbeau*, de 1993, e *Commune d’Almelo*, de 1994. Estes julgados consideram não somente a natureza da atividade, mas também as obrigações que as seguem. PINTO, Bibiana Graeff Chagas. *La gestion des services publics de distribution et d’assainissement de l’eau: etude comparée en droit français et brésilien*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 51.

<sup>127</sup> CONRADO, Régis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação dos serviços*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. p. 99.

<sup>128</sup> UNIÃO EUROPEIA, Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, C 281, 26 set. 1996, p. 3-12.

<sup>129</sup> A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de dezembro de 2000, contém, no artigo 36, o compromisso de garantir acesso aos atualmente denominados serviços de interesse econômico geral. Documento disponível *online* em <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Consulta em 12.01.2013. O artigo 14 TFUE também foi alterado para determinar aos Estados-Membros maior zelo relativamente aos

serviços de interesse econômico geral. São vistos estes serviços pela União Europeia como parte do seu modelo de economia, conforme a Comissão Europeia:

“Os SIEG são serviços públicos que não seriam fornecidos pelo simples jogo das forças de mercado, ou, pelo menos, de uma forma que estivesse disponível para todos. Os SIEG são arte integrante do modelo europeu de economia social de mercado”<sup>130</sup>.

Trata-se de um conceito baseado em critérios a serem desenvolvidos no direito unional, apontados por vezes pela jurisprudência ou pela própria Comissão, embora remanesçam referidos critérios ainda em aberto até o presente, conforme se lê expressamente de recente comunicado da Comissão Europeia:

“45. A noção de serviço de interesse econômico geral é um conceito que evolui, nomeadamente, em função das necessidades dos cidadãos, dos avanços tecnológicos e do mercado e das opções sociais e políticas no Estado-Membro em causa. O Tribunal de Justiça estabeleceu que os SIEG são serviços que apresentam características especiais em relação às de outras atividades econômicas.

46. Na ausência de regras específicas da União que definam as condições para a existência de um SIEG, os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem discricionária para definir um dado serviço como SIEG e para conceder compensações ao prestador desse serviço. Neste contexto, a Comissão tem apenas competências para verificar se o Estado-Membro cometeu um erro manifesto na definição do serviço como SIEG e para apreciar os auxílios estatais incluídos na compensação. Sempre que existam regras específicas da União, o poder discricionário dos Estados-Membros fica a elas sujeito, sem prejuízo do dever da Comissão de avaliar se o SIEG foi corretamente definido para efeitos do controle dos auxílios estatais”<sup>131</sup>.

---

serviços de interesse econômico geral, com base nos princípios e condições econômicas dos Tratados.

<sup>130</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório de política da concorrência 2012*. Bruxelas, 7.5.2013, COM(2013) 257 final. Disponível em <[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/index.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html)>. Consulta em 01/07/2013.

<sup>131</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse econômico geral*. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 11.1.2012. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:008:0004:0014:PT:PDF>>. Consulta em 07/4/2013.

A definição, em concreto, porém, de quais atividades serão consideradas serviços de interesse econômico geral, bem como o seu funcionamento, é deixada aos Estados-Membros<sup>132</sup>, respeitando-se o princípio da subsidiaridade<sup>133</sup>. Os Estados-Membros terão, portanto, autonomia para apontá-los, em sede constitucional ou, mais comumente, legislativa, podendo ser “corrigidos” a nível europeu apenas desvios crassos com intuito de burlar legislações econômicas. Entre as exigências de interesse geral pode-se destacar a segurança de abastecimento, a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento do território, a promoção dos interesses dos consumidores e a solidariedade econômica<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Entretanto, isto não significa que cada Estado-Membro possa, ao seu bel prazer, definir quais seriam estes serviços de interesse econômico geral, mas devem fazê-lo pautando-se por critérios do direito unional, o que impede os Estados de identificarem a estes serviços de interesse econômico geral aqueles conceitos jurídicos nacionais clássicos de “Daseinvorsorge”, “servicio publico” ou “service publique”. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1895. A diferença entre a noção francesa de “service publique” e a noção unional seria a tendência desta última em uma marcha axiológica claramente econômica, provocando uma análise das obrigações específicas de serviço público através do prisma das exigências de mercado. PINTO, Bibiana Graeff Chagas. *La gestion des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau: etude comparée en droit français et brésilien*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 52.

<sup>133</sup> O princípio da subsidiaridade, que rege a atribuição de competências no direito unional, encontra-se definido no artigo 5, n. 3 do Tratado da União Europeia (TUE), nos seguintes termos: “Em virtude do princípio da subsidiaridade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.”

<sup>134</sup> No que concerne o interesse geral inerente a estes serviços, este é precisado no artigo 14 TFUE: eles desempenham papel primordial na coesão social e territorial do bloco e dos Estados-Membros, sendo competência de cada ente no âmbito de suas competências conforme ditadas pelo Tratado garantir as condições que permitam aos prestadores de serviços cumprir suas missões. Esses serviços, conforme entendimento expressado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, devem vir em prol de uma coletividade, devem corresponder a uma necessidade geral da coletividade, ainda que não necessariamente correspondente ao interesse de toda a população do Estado-Membro. HOCHBAUM, Ingfried. *Op. cit.*, p. 1895. Assim, passa a ser feita uma relação entre o interesse econômico geral com o interesse dos consumidores, interpretação esta que é igualmente corroborada pelo posicionamento da Comissão Europeia. Neste sentido: COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 12.5.2004. COM(2004), 374 final. Assim, o interesse dos consumidores seria o critério que limitaria o conceito unional de serviços de interesse econômico geral, existentes somente quando o Estado-Membro, através da regulação, procurasse proteger os consumidores do serviço em questão. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 782.

Com objetivo de elucidar algumas questões relativas aos serviços de interesse econômico geral e identificar novos meios de favorecer o fornecimento de qualidade destes serviços na União, reconhecendo sua permanência no centro do debate sobre o modelo europeu de sociedade, a Comissão Europeia publicou, em 2003, um Livro Verde<sup>135</sup> sobre os serviços de interesse geral, buscando fomentar a discussão do assunto no bloco. Daqueles resultados, originou-se um Livro Branco sobre serviços de interesse econômico geral<sup>136</sup>, publicado em 2004, documento este que tem por objetivo, de regra, compilar as manifestações surgidas após e em decorrência do Livro Verde, e originar propostas legislativas nos pontos considerados relevantes ou concluir pela desnecessidade destas.

Este Livro Branco traz, em seu anexo primeiro, definições terminológicas, dentre as quais a de serviços de interesse econômico geral, nestes termos:

“A expressão “serviços de interesse econômico geral” é utilizada no artigo 16º e no nº 2 do artigo 86º do Tratado. Não é definida no Tratado nem no direito derivado. Contudo, na prática comunitária, existe um consenso geral de que esta expressão se refere aos serviços de natureza econômica que os Estados-Membros ou a Comunidade sujeitam a obrigações específicas de serviço público em virtude de um critério de interesse geral. A noção de serviços de interesse econômico geral abrange, pois, em especial certos serviços fornecidos pelas grandes indústrias de rede, como os transportes, os serviços postais, a energia e as comunicações. Contudo, a expressão abrange igualmente outras atividades econômicas sujeitas também a obrigações de serviço público. À semelhança do que acontece com o Livro Verde, o presente Livro Branco concentra-se principalmente, embora não exclusivamente, nas questões ligadas aos “serviços de

---

<sup>135</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 21.5.2003. COM(2003) 270 final. O Livro Verde é um documento da responsabilidade da Comissão Europeia que tem por objetivo fomentar a reflexão sobre um assunto específico, a nível da União Europeia; convida à participação no processo de consulta e debate dos temas em consideração. Definição do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, disponível em <[http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p\\_cot\\_id=4797](http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4797)>.

<sup>136</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Branco sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 12.5.2004. COM(2004) 374 final. O Livro Branco é um documento, publicado pela Comissão Europeia, que agrega propostas de ação comunitária em domínios específicos. Pode surgir na sequência de um Livro Verde.

interesse econômico geral", já que o próprio Tratado se baseia essencialmente nas atividades econômicas(...)"<sup>137</sup>.

Muito embora, conforme antes referido, este conceito deva permanecer em aberto, ou seja, não exaustivo em relação às atividades que nele se inseririam, em termos práticos algumas de suas características mostram-se consensuais ou predominantemente aceitas, permitindo uma definição abstrata.

No tocante às mencionadas "obrigações de serviço público", a expressão deve designar as obrigações específicas impostas pelas autoridades públicas a um fornecedor de serviços a fim de garantir a realização de certos objetivos de interesse público, por exemplo, no setor dos transportes aéreos, ferroviários ou rodoviários e no domínio da energia, podendo ser impostas a nível comunitário, nacional ou regional. O reforço no direito consumeirista observado nas últimas duas décadas no bloco conduziu ao reconhecimento de novos princípios, novas exigências, que refletem os novos papéis do Estado em frente a uma sociedade de consumo que clama por mais informação e participação, associado ainda à crescente participação do setor privado na gestão desses serviços<sup>138</sup>. Surgem, assim, mais obrigações de desempenho aos prestadores desses serviços.

No tocante ao financiamento dos serviços de interesse econômico geral, os Estados-Membros gozam de discricionariedade para decidirem os meios de financiar ou incentivar a prestação desses serviços, sendo os mecanismos mais comuns a ajuda financeira direta, os direitos especiais ou exclusivos e os financiamentos com base em solidariedade. O limite, inexistindo regras mais específicas na matéria a nível unional, é que o mecanismo de compensação utilizado não distorça a concorrência no mercado interno<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Branco sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 12.5.2004. COM(2004) 374 final.

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu, no caso *Altmark*, os critérios para a concessão de compensação às obrigações de serviços públicos sem que as mesmas

Conforme se vê, há o reconhecimento da importância, para o desenvolvimento e a manutenção segura do setor, das ajudas repassadas direta ou indiretamente pelos Estados-Membros, buscando-se tão somente uma maior transparência para evitar o privilegiamento de empresas já detentoras de posição dominante, o que impede, na prática, a entrada de concorrentes. A conciliação do interesse econômico da União na formação de um mercado interno funcional com interesses de outras ordens (proteção dos consumidores, segurança de fornecimento, proteção ao meio ambiente, garantia de preços módicos e serviço universal) vai trazer justamente a dificuldade de regulação do setor apenas por uma política econômica<sup>140</sup>. A noção de eficiência deixa de ser meramente econômica, conjugando-se com o cumprimento da função social da atividade empresária.

Justamente em razão do caráter de essencialidade ligado aos serviços de interesse geral, regem-se estes por uma série de princípios

---

constituam-se de ajudas públicas vedadas pelo artigo 107 TFUE. Os critérios estabelecidos pelo Tribunal foram basicamente quatro: (i) a empresa que recebesse a quantia deveria efetivamente ter obrigações de serviço público a desempenhar; (ii) os parâmetros para o cálculo da compensação deveriam ser estabelecidos previamente; (iii) a compensação não excedesse o necessário para cobrir os custos da obrigação de serviço público e (iv) nos casos em que a empresa não fosse selecionada por meio de um competitivo público, a análise do nível de compensação deveria ser determinada com base nos custos que uma empresa típica do mesmo setor iria incorrer. Processo C-280/00, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, nº 87 a 93. Mais adiante, entendendo insuficiente esta explanação, a Comissão Europeia emitiu Comunicação indicando e elucidando regras em matéria de auxílio estatais para compensação de obrigações de serviço público. Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral. 2012/C 8/02. Publicado no Jornal Oficial em 11.1.2012. Nesse mesmo sentido, publicou um Código de Boas Práticas para a condução dos procedimentos de controlo dos auxílios estatais (JO C 136 de 16.6.2009, pp. 13-20). Relativamente a alguns serviços, como os serviços hospitalares e abrigos comunitários, os Estados-Membros estão dispensados de notificarem à Comissão os recursos alcançados a título de compensação por obrigações de serviços públicos, e em outros setores o corte é feito pelo montante despedido, pretendendo a Comissão focar-se em compensações que excedam 15 milhões de euros anuais. Busca-se uma evolução no sentido de “menos auxílio estatais, mas mais bem orientados”, ou seja garantindo-se que os orçamentos públicos – já escassos em tempos de crise – sejam orientados para as verdadeiras deficiências do mercado, e não desperdiçados em projetos que teriam sido realizados em qualquer caso. COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório sobre política de concorrência 2010*. Bruxelas, 10.6.2011, COM(2011) 328 final. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/index.html](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html)>. Consulta em 07/07/2013.

<sup>140</sup> Adam Smith entendia como uma das três exceções à alocação de bens pelo mercado a responsabilidade pela infraestrutura econômica como responsabilidade estatal. SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2009.

específicos, listados na doutrina nacional, mas que, como se apresentará, constam igualmente das legislações unionais, sendo estes principalmente os princípios da continuidade, igualdade, universalidade, neutralidade, isonomia, mutabilidade<sup>141</sup>. Alguns outros são considerados como "novos princípios", como o da adequação da prestação do serviço, transparência, ausência da gratuidade (subsidiado) e o da modicidade tarifária<sup>142</sup>. Ver-se-á mais adiante serem estes elementos fundamentais na equação regulação - concorrência.

Os serviços de energia elétrica, considerada a atividade como uma, incluem-se expressamente, conforme se extrai do Livro Branco supra referido, no conceito unional de serviços de interesse econômico geral, porque as empresas que os operam exercem uma atividade econômica, sejam estas de direito público ou privado, sendo sua prestação associada a obrigações de interesse público. Assim, pode-se elencar a segurança do fornecimento como primeiro e mais importante princípio guia do setor de energia, próximo a um direito fundamental dos cidadãos<sup>143</sup>. Pela natureza dos serviços, garantia de abastecimento significa principalmente garantia para o futuro, através de exploração, inovação, pesquisa, diversificação e investimentos tecnológicos<sup>144</sup>.

Outro postulado que aparece no âmbito de serviços de energia elétrica, mormente ante sua essencialidade a todos os cidadãos, que dela não podem prescindir, é a modicidade de preços. A redução dos preços é prometida pela União Europeia através da quebra dos monopólios e do

---

<sup>141</sup> PINTO, Bibiana Graeff Chagas. *La gestion des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau: etude comparée en droit français et brésilien*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 52.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 616.

<sup>143</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 88.

<sup>144</sup> Relacionado diretamente à garantia de abastecimento, a doutrina elenca como princípio igualmente, no setor de energia, a segurança no planejamento, para o desenvolvimento de ordens econômicas modernas e complexas. Assim, quem queira segurança no abastecimento deve garantir um planejamento de desenvolvimento adequado e suficiente, sendo fundamental uma ordem jurídica e econômica estável e uma previsibilidade, baseada em dados confiáveis e estatísticas e prognósticos, que são, ainda mais que para outros setores, o cerne dos estudos em política de energia. Com a confiabilidade de dados e prognósticos, e suficiente transparência, garante-se igualmente os investimento privados no setor, e somente assim. HOLZER, Verena Leila. *Europäische und Deutsche Energiepolitik*. Nomos, Baden-Baden, 2007.

aumento e incentivo da concorrência, muito embora haja ressalva da doutrina de que a redução nos preços causaria um aumento do consumo e, por um lado, deveria ser balanceado com os prejuízos ao meio ambiente e, de outro lado, com os riscos de problemas no abastecimento<sup>145</sup>.

A União Europeia está em busca, assim, de uma regulação que permita conciliar os interesses econômicos do bloco, criando um ambiente de concorrência livre nos termos do artigo 106 TFUE, sem abdicar de garantias de prestação de serviço, entretanto. Conforme se verá no capítulo segundo do presente estudo, a liberalização no setor de energia fez-se com a introdução de uma ampla gama de obrigações de serviço público, tanto em relação aos consumidores quanto em relação ao meio ambiente e à sustentabilidade, que autorizam um desvio proporcional da concorrência. Esse aspecto, certamente, torna ainda mais válido o estudo da trajetória das políticas no setor para a experiência brasileira.

Essa característica de serviço de interesse econômico geral e, ainda, passível de ser liberalizado para a realização por agentes privados, levou a União Europeia a assumir as rédeas de um processo de liberalização dos serviços de energia elétrica forçada aos Estados-Membros, optando, conforme se verá, por um sistema misto de concorrência e regulação.

Até aqui se viu a divisão do abastecimento de energia elétrica em suas diversas atividades, procurando encontrar uma conceituação que permitisse igualmente a compreensão do funcionamento do setor no modelo brasileiro de regulação e no modelo unional. Com isso, pretendeu-se facilitar a leitura e a compreensão dos modelos regulatório e concorrencial unionais, que serão abordados na sequência.

Ainda, foi investigada a opção da União Europeia pelo processo de liberalização do setor através de diretivas de harmonização, concluindo-se pela sua necessidade em razão da grande disparidade no trato

---

<sup>145</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 90.

da matéria entre os Estados-Membros. Igualmente, analisou-se o fundamento jurídico da liberalização, identificado como o artigo 106 TFUE, norma central a regular a atuação dos Estados-Membros através das empresas públicas e das empresas com direitos especiais.

Por fim, procedeu-se a um estudo do conceito unional de serviços de interesse econômico geral, dentre os quais se incluem as atividades envolvidas no abastecimento de energia elétrica. Tendo em vista que estes recebem um regramento particular no bloco, podendo ser-lhes garantido eventual desvio das normas gerais de concorrência, entendeu-se essencial a sua conceituação antes de adentrar-se especificamente no estudo dos modelos regulatório e concorrencial.

O próximo capítulo se dedicará, sobremaneira, ao estudo da liberalização do setor através de diretivas de harmonização e do controle das atividades através do direito regulatório. Para a compreensão das dificuldades sentidas na liberalização deste setor, imprescindível a verificação da evolução da política energética do bloco, até o presente, que reflete ainda na atuação dos órgãos unionais na concretização de um mercado interno concorrencial.

O histórico da evolução do tratamento do setor na União Europeia, já se adianta, teve um rumo mais linear, identificada desde o início a intenção – sempre intensificada – de inserção deste no regime de concorrência. Já o tratamento legislativo do setor no direito brasileiro foi tumultuado por posicionamentos políticos contrastantes, oscilando entre centralização e descentralização das atividades envolvidas, vislumbrando-se, nos últimos governos, uma fuga do regime concorrencial. Assim, o estudo da experiência europeia no setor pode contribuir para identificar-se falhas, sucessos, retrocessos e possibilidades ao cenário brasileiro, respeitadas as divergências de sistemas.

O estudo da evolução do quadro regulatório até o presente deve, igualmente, possibilitar um final questionamento sobre as perspectivas

dessa intensa intervenção regulatória, em detrimento da concorrencial. Isso permitirá que se responda ao questionamento proposto, relativamente à eficiência da regulação setorial para a abertura do mercado, e se sua evolução, na União Europeia, permitiu uma redução da concentração do mercado e benefícios econômicos, ou se, na matéria, a atuação das autoridades de concorrência seria mais desejável.

## 2. MARCO REGULATÓRIO DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA NA UNIÃO EUROPEIA

No capítulo anterior viu-se que até a década de noventa o sistema de concorrência livre era desconhecido do setor de energia na União Europeia, ainda que existisse fundamento jurídico no direito primário para a inserção das empresas encarregadas de atividades no setor no regime concorrencial. Respeitando as tradições e os interesses políticos fortemente arraigados dos Estados-Membros, no sentido de protegerem seus monopólios nesse setor estratégico, a Comissão Europeia abstinha-se de aplicar o direito comunitário da concorrência no setor<sup>146</sup>.

Entretanto, entendida a liberalização destes serviços como necessária à integração do bloco e à concretização final do mercado interno, optou-se pelo estabelecimento de bases comuns, em uma liberalização gradual e através de regulações setoriais específicas, constantes de instrumentos legislativos aprovados pelo Conselho e Parlamento Europeus. A contextualização da política de energia no bloco, pela qual se inicia o capítulo, é determinante para se compreender as peculiaridades deste processo de liberalização, mais difícil e prolongado do que de outros setores de base, como a telefonia.

Este capítulo pretende, assim, expor e analisar o quadro regulatório no setor, em sua evolução para um controle praticamente total das

---

<sup>146</sup> MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 658.

atividades do setor, questionando seus resultados e identificando a viabilidade e os benefícios de sua manutenção ou expansão. Far-se-á ressalva, pontualmente, naqueles tópicos da legislação que se entende de viável adequação à realidade brasileira, ainda que sem a pretensão de elaborar-se um modelo setorial completo, o que fugiria do escopo do presente estudo.

Este segundo capítulo deve prover as bases para uma análise final, de comparação entre a atuação do direito regulatório e do direito da concorrência no setor.

## **2.A. Início da abertura do setor de energia elétrica com o primeiro pacote de medidas de liberalização**

A regulação econômica não aparece na União Europeia exatamente como opção entre políticas econômicas possíveis, mas como única alternativa em um setor absolutamente segregado entre Estados-Membros, e dominado por algumas poucas empresas detentoras de monopólios<sup>147</sup>. A relutância histórica dos Estados-Membros de transferirem aos órgãos unionais competências para a estruturação do setor, conforme será visto na perspectiva histórica, impediu a intervenção direta pela Comissão Europeia, tendo-se assim optado por uma liberalização gradual e movida por diretivas de harmonização aprovadas tanto pelo Conselho Europeu quanto pelo Parlamento.

Desde o início buscava-se concretizar a liberalização e assegurar um razoável nível de concorrência com regras mínimas de harmonização, provendo os Estados-Membros de maior discricionariedade na configuração do setor. Por certo, os mais influentes Estados-Membros, dentre eles despontando Alemanha e França, tinham interesse em manter o controle do setor que dominavam há décadas. Entretanto, pela análise da evolução das diretivas é possível extrair-se a ineficiência deste conceito, necessitando-se

---

<sup>147</sup> MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, H. Art. 86. *In*: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht*. 4.ed. Munique: Beck, 2007. p. 659.

maior detalhamento das regras do setor, o que é observado nas legislações mais recentes.

O primeiro passo efetivo para a concreção do mercado interno de energia, através da política escolhida de liberalização, foi a expedição da diretiva que estabelecia regras comuns para o mercado interno de energia elétrica, em 1996<sup>148</sup>, em meio a uma sequência de documentos esparsos, do início daquela década, sobre a temática da política comunitária de energia que serão oportunamente referidos neste capítulo. Esta diretiva, tida como o marco inicial do processo de liberalização dos mercados nacionais de energia elétrica, continha, como se verá, apenas exigências mínimas aos Estados-Membros, respeitando a tradição destes, os quais evoluíram com estruturas de mercado, neste setor, muito diversas entre si. Uma harmonização maior era sabidamente utópica no final da década de noventa, quando a quebra dos tradicionais monopólios e a possibilidade de passagem gradual para um mercado de concorrência era novidade<sup>149</sup>.

A história da política de energia na União Europeia é um dos mais longos e espinhosos capítulos do processo de aproximação do bloco, que recentemente, conforme se verá, tem trazido não a queda, mas, pelo menos, a reestruturação de antigos gigantes e propiciado o surgimento de novos atores<sup>150</sup>, mas cujo desfecho ainda remanesce significativamente incerto.

A evolução da política de energia no bloco se inicia juntamente com a história de aproximação e constituição deste, com a necessidade de cooperação para a recuperação após a Segunda Guerra Mundial, e o intento de controlar o potencial bélico da Alemanha Ocidental, à época, em especial na extração de carvão e na produção de aço. Foi neste contexto que Jean Monnet, colocado à frente das negociações com o governo norte-americano pelo então General Charles de Gaulle, propôs o trabalho conjunto com a

---

<sup>148</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 96/92/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade*. JO n. L027 de 30/01/1997, p. 20-29.

<sup>149</sup> FAROSS, Peter. Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gaswirtschaft – Stand und Perspektiven. In: IMMENGA, Ulrich, et. al. (orgs). *Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-baden, 2003. p. 33.

<sup>150</sup> Ibid.

Alemanha, constituindo-se no famoso Plano Schuman, assinado pelo então ministro francês das relações exteriores, Robert Schuman, em 1950. Este plano previa a constituição de uma autoridade superior e independente para o controle do mercado de carvão e aço. Como concretização deste plano, um ano depois era assinado o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e Aço<sup>151</sup>.

Poucos anos após, a mesma necessidade foi sentida, de controlar-se a então produção e o uso da energia nuclear, o que conduziu à assinatura de um segundo Tratado, o Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atômica. Assim, já em 1958 existiam três tratados comunitários em vigor; dois tratados setoriais importantes para a política de energia e um acordo geral que não continha nenhuma regra específica sobre energia, o Tratado da Comunidade Econômica Europeia.

Entretanto, a despeito de não haver na versão original do Tratado da Comunidade Econômica Europeia sequer a palavra “energia”, a Comissão Europeia sempre esteve atenta à sua responsabilidade neste setor, já fazendo constar de um de seus primeiros relatórios um tópico sobre os problemas relacionados à energia, incentivando uma coordenação das comunidades e dos governos dos Estados-Membros para tanto<sup>152</sup>. Não

---

<sup>151</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 49.

<sup>152</sup> As duas maiores crises de energia experimentadas na Europa na década de setenta, contudo, trouxeram consigo ao menos o reconhecimento de que seria preciso estabelecer-se alguns objetivos comuns na matéria. O objetivo de redução do consumo de energia demandou, então, uma colaboração inicial da Comunidade com os agentes econômicos no setor, e incentivou a criação de programas de suporte. Assim, após as turbulências desta década de setenta, a década seguinte iniciou uma fase mais calma de desenvolvimento. Três necessidades permearam a década de oitenta na Comunidade Europeia, determinantes para que se alcançasse hoje a intensidade de integração verificada. Primeiramente, observava-se o início da globalização e a premência de a Comunidade se fortalecer política e economicamente para fazer frente à concorrência mundial. Ao mesmo tempo, tornava-se a integração para os cidadãos dos Estados-Membros mais palpável, ao projetar-se a extinção do controle de fronteiras e aumentar-se a eficiência econômica do mercado. Resultado desta conjugação de novos interesses foi a ascensão do conceito de mercado interno e a sua nomeação através da alteração do Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE) pelo Ato único Europeu, que entrou em vigor em 1987. Entretanto, embora durante o estabelecimento do mercado interno tivessem entrado para a letra do Tratado temas como o direito ambiental e a questão das pesquisas, o direito da energia foi propositalmente deixado de fora da legislação comunitária primária. GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 51.

obstante as intensivas investidas da Comissão Europeia e a pressão constante do Parlamento Europeu, o Conselho Europeu não se permitia a adoção de medidas legislativas na matéria. Deve-se ter em conta que aqui se está tratando das partes originárias da Comunidade Econômica Europeia, a “Europa dos Seis”: Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Holanda.

Já na década de cinquenta, a Alemanha despontava como uma das maiores produtoras de energia a partir de combustíveis fósseis, através das empresas VEBA, VIAG e RWE<sup>153</sup>, todas à época empresas públicas. Esta última encontra-se ainda entre as maiores do bloco, sendo a segunda maior produtora de energia na Alemanha atualmente<sup>154</sup>, e as duas anteriores, que já haviam sido privatizadas na década de sessenta, fundiram-se no ano 2000, fusão da qual originou-se a empresa E.ON, hoje uma das maiores do mundo no setor de energia<sup>155</sup>.

A França, por sua vez, alterou muito pouco o seu setor elétrico, marcadamente dominado pelo interesse público e avesso à privatização e liberalização do mesmo. A empresa EDF (Électricité de France) é hoje a maior produtora mundial de energia elétrica, sendo responsável, em 2011, pela produção de 22% da energia da União Europeia<sup>156</sup>; desta energia, 84,7% é de fonte nuclear<sup>157</sup>. Para se ter ideia do protecionismo que a envolve, a EDF era uma empresa pública até 2004, quando foi transformada em sociedade anônima, da qual o Estado Francês ainda detém um percentual de mais de 80%<sup>158</sup>. De sua parte, como se pode imaginar, partiu a maior resistência histórica à delegação de competências supranacionais no setor. Atualmente, formada em 2008 e também entre as maiores produtoras do mundo, a EDF

---

<sup>153</sup> Sobre a história da empresa: <<http://www.rwe.com/web/cms/de/9134/rwe/ueber-rwe/profil/geschichte/>>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>154</sup> Fonte: <<http://www.opesc.org/fiche-societe/fiche-societe.php?entreprise=RWE>>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>155</sup> Fonte: <<http://www.eon.com/de/ueber-uns/profil/geschichte.html>>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>156</sup> Fonte: <[http://www.lepoint.fr/economie/les-dix-principaux-producteurs-d-electricite-dans-le-monde-10-08-2010-1223756\\_28.php](http://www.lepoint.fr/economie/les-dix-principaux-producteurs-d-electricite-dans-le-monde-10-08-2010-1223756_28.php)>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>157</sup> Dado referente ao ano de 2011. Fonte: <<http://activites.edf.com/production/nucleaire/strategie-40606.html>>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>158</sup> Fonte: <<http://finance.edf.com/finance-41326.html>>. Consulta em 12/12/2013.

Suez, francesa, aparece como a maior produtora independente de energia do mundo<sup>159</sup>.

Fechando o trio que, já no bloco originário, dominava o setor de energia, como permanece até hoje, tem-se a Itália e o monopólio estatal da empresa ENEL, vigente na década de 50<sup>160</sup>. Além desta, ainda há a ENI, maior empresa italiana do ramo de petróleo, mas que também atua na produção de energia. Ao lado da França, a Itália também relutou à liberalização, tendo a ENEL vendido capacidade de produção a outras empresas apenas em 2003, para cumprir com as obrigações impostas pelas diretivas a seguir estudadas.

Bélgica, Luxemburgo e Holanda, ainda analisando-se a situação do bloco inicial, tinham empresas estatais (respectivamente: Electrabel, Grand Ducale, hoje Cegedel, e Essent, comprada posteriormente pela RWE) que abasteciam a maior parte de seus mercados internos, importando o restante principalmente da EDF.

Tendo em vista a situação da época, em que as empresas de energia dos países referidos eram todas empresas públicas, os interesses “das empresas” se confundiam com os dos Estados. Assim, afora os lucros, as empresas eram vistas como estratégicas para garantir a soberania dos Estados-Membros, e seu domínio sobre os vizinhos<sup>161</sup>.

Em razão do profundo interesse dos Estados no setor, embora durante o estabelecimento do mercado interno tivessem entrado para a letra do

---

<sup>159</sup> A empresa atua principalmente no setor de gás natural, mas desponta igualmente entre as influentes no mercado de energia, justamente pelas suas proporções. Fonte: <<http://uk.reuters.com/article/2010/08/10/uk-gdfsuez-intlpower-idUKTRE6790KW20100810>>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>160</sup> Sobre a história da empresa: <[http://www.enel.com/en-GB/group/about\\_us/history/](http://www.enel.com/en-GB/group/about_us/history/)>. Diferentemente das empresas alemãs e francesas, a ENEL está hoje entre as que mais investem em energia renovável (tendo logrado, a exemplo, vencer o leilão de 2013 no Brasil, relativamente a três empreendimentos hidrelétricos no primeiro leilão A-5 de 2013. As usinas somam 102 megawatts (MW) de capacidade hidrelétrica e requerem um investimento de aproximadamente US\$ 248 milhões). Fonte: <<http://www.setorialnews.com.br/materia.asp?ed=eletricidade&y=201394164343>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>161</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 50.

Tratado temas como o direito ambiental e a questão das pesquisas, o direito da energia foi propositalmente deixado de fora da legislação comunitária primária<sup>162</sup>. Inclusive, a conferência dos representantes dos governos dos Estados-Membros que estabeleceu o teor do Ato Único Europeu<sup>163</sup> entendeu por correto deixar expressa essa exclusão da política de energia, mediante a declaração relativa ao então artigo 130.º-R do TCEE, aprovada juntamente com o Ato, *verbis*:

“Ad n.º 1, terceiro travessão. - A Conferência confirma que a ação da Comunidade no domínio do ambiente não deve interferir na política nacional de exploração dos recursos energéticos.” Ata final publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, nº L 169/20, de 29.06.87. Referida matéria restou igualmente excluída, no ano de 1985, do Livro Branco sobre o Mercado Interno. Comissão Europeia, Livro Branco “Completando o mercado interno”<sup>164</sup>.

Até a versão última do Tratado, negava-se à política de energia normas próprias em seu texto, considerando-se a mesma como matéria meramente conexa com o mercado interno, com o direito ambiental e com o da concorrência<sup>165</sup>, situação que somente veio a ser alterada com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pelo Tratado de Lisboa, em 2009.

---

<sup>162</sup> Ibid., p. 52.

<sup>163</sup> O Ato Único Europeu, assinado no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 por nove Estados-Membros e, em 28 de Fevereiro de 1986, pela Dinamarca, Itália e Grécia, constitui a primeira alteração de grande envergadura do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE). Referido documento entrou em vigor em 1º de Julho de 1987. O principal objetivo do Ato Único Europeu consiste no relançamento do processo de construção europeia com vistas a concluir a realização do mercado interno. Esse objetivo afigurava-se dificilmente exequível com base nos tratados existentes, nomeadamente devido ao processo de tomada de decisão a nível do Conselho, que requeria a unanimidade para se poder proceder à harmonização da legislação. Fonte: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/treaties\\_singleact\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_pt.htm). Consulta em 17/02/2014.

<sup>164</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *White paper from the Commission to the European Council: Completing the internal market*. COM(85) 310 final. Disponível no idioma inglês em <[http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf)>. Consulta em 04/03/2013. Essa lacuna deixada no âmbito do Livro Branco foi posteriormente fechada através do Comunicado sobre o mercado interno em energia: COMISSÃO EUROPEIA. *Documento de trabalho: “The internal energy market”*. COM (88) 238 final, 2 de maio de 1988. Entretanto, remanesceu em aberto a brecha no direito primário, que sequer mencionava a política de energia.

<sup>165</sup> GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 52.

Para a compreensão do histórico da política de energia no bloco, deve-se levar em consideração igualmente as sucessivas expansões que ocorreram neste. Veja-se que, na Europa dos Seis, jamais haveria interesse político à abertura de mercados pelo domínio das empresas italiana, francesa e alemãs. Entretanto, em 1973, três novos países entraram nas então Comunidades: o Reino Unido, a Dinamarca e a Irlanda, trazendo ao bloco mais um potencial energético, qual seja, o Reino Unido, centrado à época na Central Electricity Generating Board, privatizada e dividida nos anos 90. A Grécia ingressou em 1981, Espanha e Portugal, em 1986, e em 1995, entraram Áustria, Finlândia e Suécia. A Suécia trouxe ao bloco mais uma das grandes empresas de energia do mundo (até hoje), a Vattenfall, cujo foco, à época, era principalmente em energia hidrelétrica e nuclear<sup>166</sup>.

A Comunidade Europeia do início do processo de liberalização do setor de energia era, portanto, já radicalmente diversa daquela inicial. Além de terem ingressado nas discussões pelo menos duas empresas de significativo porte, passam a se tornar maioria os Estados-Membros dependentes de importações de energia, pela insuficiência de seu potencial nacional, e aos quais interessavam regras que limitassem ou regulassem eventual abuso do poder econômico por essas empresas maiores. Juntou-se a essa configuração, por certo, para alavancar o processo ora estudado, a onda de liberalizações dos setores de base que caracterizou os anos noventa, em escala global, além das dificuldades de alguns Estados financiarem, sem capital privado, os investimentos que se faziam necessários a garantir sua competitividade.

O Comunicado sobre o mercado interno de energia, de 1988, constitui-se em um marco teórico<sup>167</sup> para a política de energia no bloco,

---

<sup>166</sup> Já no ano de 2009, a Vattenfall gerava eletricidade a partir de combustíveis fósseis em percentual de 52%, a partir de reatores nucleares ao percentual de 25%, e hidrelétricas 21%, além de outras fontes renováveis em 2%. VATTSELFALL, Anual Report. Disponível em: <[http://www.vattenfall.com/en/file/2010\\_Annual\\_Report.pdf\\_17546144.pdf](http://www.vattenfall.com/en/file/2010_Annual_Report.pdf_17546144.pdf)>. Consulta em 12/12/2013.

<sup>167</sup> Esse documento apresentou, então, a problemática geral e as especificidades do mercado de energia, estabeleceu as prioridades para a superação de limitações técnicas e fiscais e listou as medidas necessárias para a implementação de um comércio livre de mercadorias e de serviços e a alteração dos monopólios estatais de comercialização, além de mencionar a

iniciando o trato da questão de maneira oficial<sup>168</sup>. Em 1992, adveio o Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht, o qual trouxe ao direito primário a menção à política de energia, pela primeira vez, quando em seu artigo 3º, letra “t”, incluiu entre o catálogo de atividades da União Europeia a adoção de medidas nos âmbitos de energia, defesa civil e turismo. Contudo, paradoxalmente, nenhuma regra de competência para atuação no setor foi acrescentada ao Tratado, o que tornava a menção inicial aparentemente inócua. Uma novidade substancial neste texto foi, entretanto, a inclusão de normas sobre o estabelecimento e desenvolvimento de uma rede transeuropeia de infraestrutura de trânsito, telefonia e energia<sup>169</sup>.

Após a publicação deste documento, diversas foram as investidas e propostas da Comissão para a concretização de um mercado interno de energia, sendo que, já no início dos anos noventa, alguns importantes atos legislativos na matéria podem ser destacados. Dentre estes, cumpre nomear (i) Diretiva 90/377/CEE, de 29 de junho de 1990, do Conselho estabelecendo um processo comunitário para assegurar a transparência nos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade<sup>170</sup>, com objetivo de facilitar a livre escolha destes entre fontes de energia e entre fornecedores, através de um mecanismo de reporte de preços ao Serviço de Estatísticas das Comunidades Europeias (SECE). Ainda, (ii) a Diretiva 90/547/CEE do Conselho, de 29 de outubro de 1990, relativa ao trânsito de eletricidade nas

---

necessária aplicação das regras de concorrência ao setor. Embora ainda não impusesse medidas obrigatórias de liberalização e regulação, este documento serviu de base para as futuras propostas legislativas e mesmo para a adoção de medidas pela Comissão visando o afastamento dos empecilhos ao livre comércio ali elencados. GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 54.

<sup>168</sup> O tratamento legal do setor de energia elétrica depende, principalmente, da classificação jurídica do bem econômico “eletricidade”. Conforme a doutrina majoritária, ela sempre foi entendida como mercadoria, não como serviço, e associada, portanto, ao capítulo dedicado à liberdade de circulação de mercadorias, em especial ao artigo 28 TFUE, que afirma a proibição, entre os Estados-Membros, de haver direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1920.

<sup>169</sup> Art. 129b a 129d do Tratado da União Europeia.

<sup>170</sup> CONSELHO EUROPEU. *Diretiva do Conselho de 29 de junho de 1990 que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade*. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L185/16, em 17.7.1990. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1990:185:0016:0024:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

grandes redes<sup>171</sup>, que regulou as trocas de energia elétrica entre os Estados-Membros da União Europeia cuja contratação seja da responsabilidade dos operadores das respectivas redes. Por fim, (iii) a Diretiva 92/13/EWG, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, com objetivo de assegurar oportunidades idênticas a fornecedores e empreiteiros dentro da Comunidade Europeia<sup>172</sup>.

Mais adiante, digno de menção no presente contexto, o Tratado da Carta da Energia, aprovado em 1998<sup>173</sup>, visou criar, no âmbito internacional, um quadro de cooperação entre os Estados-Membros da União Europeia e outros países industrializados, com o objetivo, nomeadamente, de desenvolver o potencial energético dos países da Europa Central e da Europa Oriental e garantir a segurança do abastecimento de energia da União Europeia<sup>174</sup>. Ainda neste mesmo contexto, no ano de 2000, a Comissão

---

<sup>171</sup> CONSELHO EUROPEU. *Diretiva do Conselho, de 29 de outubro de 1990, relativa ao trânsito de eletricidade nas grandes redes*. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L313/30, em 13.11.1990. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1990:313:0030:0033:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013. A referida diretiva dispõe que os contratos serão negociados pelas entidades responsáveis pelas redes em questão (art. 3º, I), mas as condições de trânsito deverão ser não discriminatórias e equitativas para as partes interessadas, não contendo disposições abusivas ou restrições injustificadas, e atentar para a segurança do abastecimento e qualidade dos serviços (art. 3º, II). Impõe aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que as entidades sob sua soberania comuniquem à Comissão e às autoridades nacionais competentes qualquer pedido de trânsito que corresponda a um contrato de compra e venda de eletricidade por tempo superior a um ano (art. 3º, III).

<sup>172</sup> CONSELHO EUROPEU. *Diretiva 92/13/EWG, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações*. Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L76/14, em 23.03.1992. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0013:20070101:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

<sup>173</sup> Decisão 98/181/CE, CECA e Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de Setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados. Publicado no Jornal Oficial L 69 de 09.03.1998.

<sup>174</sup> As negociações sobre esta Carta iniciaram-se em Bruxelas em Julho de 1991, tendo sido concluídas pela assinatura de um documento em Haia, em 17 de Dezembro de 1991, com 51 signatários, destinando-se a promover a cooperação industrial especialmente com países do

publicou um Livro Verde sobre estratégias para a segurança no suprimento de energia no bloco europeu<sup>175</sup>. Nas tratativas que conduziram ao Tratado da União Europeia, a Comissão Europeia já sugerira a introdução de um capítulo sobre a política de energia no direito primário; entretanto, esta proposta não foi

---

Leste Europeu. O Tratado da Carta da Energia e o Protocolo relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados, que adotaram o texto elaborado em Haia foram assinados em 17 de Dezembro de 1994, em Lisboa, pelo conjunto dos signatários da Carta de 1991, com exceção dos Estados Unidos e do Canadá. As disposições mais importantes do Tratado referem-se à proteção de investimentos, ao comércio de materiais e produtos energéticos, ao trânsito e à resolução dos litígios. No que diz respeito aos investimentos realizados, as Partes Contratantes devem incentivar e criar condições favoráveis para os investidores estrangeiros e aplicar o princípio da nação mais favorecida ou o tratamento nacional, segundo o critério mais favorável (Art. 5º e 10º). No que respeita à concorrência, cada parte contratante deve esforçar-se para diminuir as distorções de mercado e os entraves à concorrência na atividade econômica no sector da energia. Cada parte contratante assegurará um ambiente legislativo que permita intervir em casos de comportamentos anticoncorrenciais unilaterais e acordos no setor (art. 6º). Com relação ao trânsito de materiais e produtos, ficou acordado que cada parte contratante tomará as medidas necessárias para facilitar o trânsito de materiais e produtos energéticos compatíveis com o princípio de livre circulação, independentemente da origem, destino ou propriedade destes (Art. 7º). Ademais, cada parte contratante obrigou-se a designar pontos de informação para os quais poderão ser dirigidos os pedidos de informações sobre a legislação, regulamentação, decisões judiciais e decisões administrativas na matéria (art. 20º). Ainda, o tratado salienta que as partes contratantes exercem a soberania sobre os recursos energéticos, em conformidade com as regras do direito internacional, mantendo o direito de decidir quais as zonas geográficas dentro do seu território que podem ser disponibilizadas para pesquisa e desenvolvimento (art. 18º). Por fim, de notável importância ter sido, o princípio do "poluidor-pagador" incorporado no Tratado, incentivando a minimizar, de uma forma economicamente eficiente, os impactos ambientais prejudiciais que ocorram no seu território ou fora dele, e os aspectos de segurança (art. 19º). Sobre solução de controvérsias, o Tratado prevê procedimentos rigorosos de resolução dos litígios: em caso de litígio entre um investidor e um Estado, o investidor pode decidir submetê-lo a um processo de arbitragem internacional (art. 26º); já em caso de haver litígio entre dois ou mais Estados, pode ser constituído um tribunal de arbitragem *ad hoc* caso a via diplomática não seja possível (art. 27º). O comércio dos materiais e produtos energéticos entre as Partes Contratantes é regulado pelas regras do GATT 1947, mesmo para aqueles países que não sejam membros da OMC. (art. 29). O Tratado constitui-se no Anexo I da Ata Final da Conferência da Carta Europeia da Energia, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L 380/24, de 31.12.1994. Texto disponível na íntegra em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1994:380:0024:0088:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

<sup>175</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, "Para uma estratégia europeia de segurança do aprovisionamento energético"*. COM(2000) 769 final, não publicado no Jornal Oficial. Disponível no idioma inglês em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0769:EN:HTML>>. Consulta em 09.03.2013. Este documento tinha por foco a preocupação de que a produção de energia no bloco vinha se tornando crescentemente insuficiente para o atendimento das necessidades do bloco, com o consequente aumento da dependência para com produtores externos (já à época em torno de 50% do consumo era abastecido por produtores externos à Comunidade, percentual que se previa chegar a 70% em 2030). Dentre as soluções, encontravam-se, além de sugestões de medida para reduzir a demanda, um maior investimento em infraestrutura de redes, além da harmonização das legislações nacionais, entendidos necessários ao aumento de eficiência energética.

aceita pelos Estados-Membros, tendo sido pela primeira vez a temática trazida para um capítulo do direito primário somente a partir de 2009<sup>176</sup>.

A concorrência aparecia, então, como forma de fortalecer o mercado no bloco, com intuito – além de econômico – político no sentido de reduzir a dependência externa. Apesar de representar a necessidade de abrir os seus mercados internos – França e Itália ainda relutavam em fazê-lo, permanecendo as empresas EDF e ENEL monopólios absolutos estatais nesses territórios até 2003 -, a formação de um mercado interno homogêneo também representava para essas grandes empresas a possibilidade de expansão das exportações dentro do bloco. Efetivamente, conforme dados de 2012, a França exporta hoje aos seus vizinhos quatro vezes mais energia elétrica do que importa<sup>177</sup>, considerando-se que possui apenas uma empresa (EDF) considerada “principal”, responsável pela produção de 89% da energia do país<sup>178</sup>.

Tinha-se em consideração, à vista das peculiaridades do setor de energia trazidas no capítulo primeiro, que a mera extinção de direitos exclusivos e a obrigação de transporte da energia não garantiriam a livre circulação da mercadoria. Diferentemente do transporte ocorrido em estradas, por exemplo, não é suficiente, no setor de energia, a garantia de acesso às redes e de entrega de energia elétrica do produtor ao comprador. A própria rede deve ser constantemente controlada para que, independentemente da alimentação e da extração de energia, seja mantida a mesma tensão. Ou seja, a energia somente poderá ser transportada e distribuída entre fronteiras

---

<sup>176</sup> Norma introduzida no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em sua versão assinada em 2009 em Lisboa: “Artigo 194<sup>o</sup> - No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno e tendo em conta a exigência de preservação e melhoria do ambiente, a política da União no domínio da energia tem por objetivos, num espírito de solidariedade entre os Estados-Membros: (a) Assegurar o funcionamento do mercado da energia; (...)”.

<sup>177</sup> EUROPEAN NETWORK OF TRANSMISSION SYSTEM OPERATORS FOR ELECTRICITY. *Memo 2012 – provisional values*. Abril de 2013, p. 3. Disponível em <<https://www.entsoe.eu/publications/general-publications/memo-entso-e-facts-figures/>>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>178</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Commission Staff Working Document SWD(2012)*. 368 final of 15 November 2012 accompanying the Communication ‘Making the internal energy market work’ (COM(2012) 663 final), p. 42. Disponível em <[http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/doc/20121217\\_energy\\_market\\_2011\\_lr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/20121217_energy_market_2011_lr_en.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

quando, ao mesmo tempo, o operador da rede prestar constantemente um serviço, que é o de garantia da tensão constante da rede<sup>179</sup>.

Por esta razão entendeu-se ser necessário, para a liberalização do setor, o estabelecimento de normas comuns que regulassem o acesso às redes, as quais remanesceriam monopólios, antes de se poder falar em concorrência livre. Ainda, embora se pretendesse respeitar a competência dos Estados-Membros para a configuração do setor em seus territórios, havia uma preocupação com a estrutura deste, e a efetiva separação das atividades diversas, com a desverticalização das grandes empresas, antigos monopólios. Até o presente, essas remanescem as preocupações principais no setor, fato que permite concluir que ainda não foram completamente atingidos esses objetivos. Entretanto, conforme se verá, o avanço em relação ao cenário brasileiro é notável, do que se depreende ser possível buscar nessa experiência sugestões de políticas públicas.

Esses objetivos estão sendo concretizados através de diretivas que foram estabelecendo a abertura em diversos passos, iniciando-se em 1996, tendo por vista a abolição dos direitos exclusivos para a produção e infraestrutura de transmissão, incluindo separação da operação das redes de outras atividades e acesso de terceiros a redes, ou por meio de negociação, ou por meio de regulação. Desde então, assistiu-se à promulgação de três pacotes de medidas de liberalização e harmonização, os quais procederam uma abertura gradual do mercado. Em meio aos pacotes de liberalização, outras legislações esparsas com implicações no setor foram sendo promulgadas, estando aqui eventualmente mencionadas, quando de importância temática, obedecendo-se à cronologia.

---

<sup>179</sup> Essa garantia do abastecimento dos compradores com a mercadoria “eletricidade” caracteriza-se como um serviço de interesse econômico geral no sentido do artigo 106, parágrafo segundo. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmuth; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1921. Os custos desse serviço prestado pelo operador de rede ingressam no preço da mercadoria, da energia vendida; porém, esse custo não descaracteriza a entrega da mercadoria em um serviço, ainda quando ultrapasse o próprio valor da mercadoria.

Sob a égide do Tratado da Comunidade Europeia já com a alteração trazida pelo Tratado de Nice, há época integrando o bloco 15 Estados-Membros<sup>180</sup>, foi adotada na Comunidade Europeia a legislação que integraria o chamado primeiro pacote legislativo nos mercados de gás e eletricidade<sup>181</sup>, que incluiu, relativamente à energia elétrica, a Diretiva 96/92CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 1996 que estabeleceu regras comuns para o mercado interno de eletricidade<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido e Suécia.

<sup>181</sup> O chamado primeiro pacote legislativo incluiu a Diretiva 96/92/CE, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, e Diretiva 98/30/CE, relativa a regras comuns para o mercado do gás natural. Esse conjunto de atos normativos veio introduzir regras materiais no trato da matéria de produção, transporte, distribuição e comercialização de energia elétrica, regras estas ainda relativamente flexíveis, mas já buscando colocar em curso um processo de harmonização e liberalização, com requisitos mínimos sendo impostos aos Estados-Membros, mormente com a exigências de processos e tarifas não discriminatórios e transparentes. As reformas de liberalização na União Europeia estavam baseadas no pressuposto fundamental de que os ganhos com as transações no mercado de energia aumentariam proporcionalmente ao tamanho do mercado. Assegurar o acesso a empresas de outros Estados-Membros criaria uma ameaça que constrangeria operadores em posição dominante a reduzirem seus preços para próximo de preços competitivos, ainda que a entrada não ocorresse efetivamente. Ademais, a promoção da interligação com zonas mais remotas não só reduziria os preços, mas também contribuiria para a segurança de fornecimento. HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. SCHRÖTER, Helmut; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1351.

<sup>182</sup> A primeira diretiva a estabelecer regras materiais com objetivo expresso de regular o mercado interno de energia foi a diretiva n. 96/92/CEE, com vigência a partir de fevereiro de 1997, parte do denominado “primeiro pacote de liberalização”, a qual trouxe em seus considerandos o reconhecimento de que a concretização de um mercado concorrencial no setor constituiria um importante passo na criação do mercado interno de energia, o que, por sua vez, mostrava-se já necessário à racionalização da produção, transporte e distribuição da eletricidade, bem como servia para a garantia da segurança de abastecimento, competitividade da economia europeia e proteção do meio ambiente. Para fins de aplicação das regras estabelecidas, a diretiva traz alguns conceitos que, refletindo as peculiaridades do mercado de energia elétrica, permitiriam uma aplicação uniforme das obrigações estabelecidas, dentre eles merecendo destaque os conceitos de transporte (transporte de eletricidade numa rede de alta tensão interligada para efeitos de fornecimento a clientes finais ou a distribuidores), distribuição (“transporte de eletricidade em redes de distribuição de média e alta tensão para entrega ao cliente.”), produtor independente (“Produtor que não pratica as atividades de transporte ou de distribuição de eletricidade no território abrangido pela rede onde se encontra estabelecido.”), e do comprador único (“Pessoa coletiva que, na rede em que se encontra estabelecida, é responsável pela gestão unificada do sistema de transporte e/ou pela compra e venda centralizadas de eletricidade.”). Mais genéricas do que a conceituação trazida no capítulo primeiro, a diretiva deixou questões técnicas a cargo dos Estados-Membros, uma vez que tinha por intuito justamente a aproximação destes, de suas empresas e de suas legislações. CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 96/92/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade*. JO n. L027 de 30/01/1997, p. 20-29. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:PT:HTML>>. Consulta em 04/07/2013.

A diretiva 96/92CE determinou o encerramento do monopólio da atividade de produção<sup>183</sup>, vigente até então em muitos Estados-Membros<sup>184</sup>. Esse foi o passo principal da liberalização, buscando não somente os benefícios econômicos advindos (supostamente) da entrada de novos produtores, mas igualmente investimentos em novas fontes, com objetivo de promoção da sustentabilidade e segurança no fornecimento. A simples previsão da possibilidade de instalação de novos produtores, entretanto, não era suficiente para garantir novos investimentos no setor, sempre imprescindível que os novos produtores tivessem acesso igualitário às redes, e iguais chances de competição por clientes, o que se busca garantir desde então.

Veja-se que, conforme já referido, a Itália somente abandonou o monopólio de sua empresa estatal em 2003, vendo-se obrigada a vender capacidade de produção a novos produtores. No caso da França, muito embora tenha parcialmente liberalizado o mercado em 1999, abrindo 20% deste a novos competidores, a EDF ainda abastece 89% da demanda nacional. Essa empresa ainda mantém mais de 80% do seu capital em poder do Estado. A dificuldade de surgimento de novos produtores, sem vínculos e/ou acordos com as empresas líderes no setor ainda é sentida no bloco.

A situação, até hoje, não é diferente no cenário brasileiro. A despeito da liberalização e do processo de privatização iniciados no governo de Fernando Collor e reforçado no governo de Fernando Henrique Cardoso, a sua estagnação pelo governo que o seguiu, somada a pressões políticas, culminou no cenário atual, em que a empresa estatal Eletrobrás domina 35,5% da

---

<sup>183</sup> Relativamente às plantas de produção, dois sistemas foram já previstos para novas instalações, podendo os Estados-Membros optarem por um deles, a saber, o sistema de concessão de autorizações para construir instalações de produção em seu território, ou um sistema de adjudicação por concurso, sendo que, optando por este último, deveria ser garantida aos autoprodutores (empresas que produzem energia para seu próprio consumo), e aos produtores independentes, a possibilidade de obterem autorização emitida com base em critérios objetivos e não discriminatórios (art. 6º).

<sup>184</sup> HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmut; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1914.

geração do país, e 56% das redes de transmissão, e há grande incerteza sobre o papel dessas empresas estatais em sua atuação paralela ao setor privado<sup>185</sup>.

Relativamente às demais fases, nesta mesma diretiva 96/92/CE, foi prevista a separação (*unbundling*<sup>186</sup>) da administração das redes de transporte e distribuição de outras atividades, como a produção, e o fornecimento a consumidores finais. Esta diretiva, como primeiro passo na separação entre as distintas fases comerciais no setor de energia, demandou apenas uma separação na gestão das pessoas jurídicas encarregadas das diferentes atividades<sup>187</sup>.

No tocante ao transporte da energia<sup>188</sup>, os Estados-Membros receberam pela diretiva a incumbência de designarem um operador da rede de transporte<sup>189</sup>, que seria responsável, então, pela exploração, manutenção e eventual desenvolvimento da rede numa determinada área, a fim de garantir a

---

<sup>185</sup> LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues, Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>186</sup> O conceito de *unbundling*, traduzido no direito europeu por separação, somente, envolve no setor de energia elétrica tanto a separação de funções na empresa exercidas conjuntamente quando a separação de partes de empresas até então integradas. Esta Diretiva parte do segundo pacote de medidas para liberalização demandou tanto uma separação legal, em que o operador de rede torna-se legalmente independente e separa-se juridicamente das demais atividades, quanto uma separação da gestão, quando o operador de rede passa a ser conduzido, do ponto de vista da sua administração, separadamente das demais atividades. A separação da gestão era a única exigida no primeiro pacote legislativo, e a separação da propriedade, não foi demandada dos Estados-Membros nem mesmo no segundo pacote de medidas. BAUR, Jürgen F., *et. al. Unbundling in der Energiewirtschaft*. Colônia: Carl-Heymanns, 2006. p. 3.

<sup>187</sup> Conforme consta do art. 7º, item 6, da Diretiva 96/92CE, *o operador da rede deverá ser independente de todas as outras atividades não relacionadas com a rede de transporte, pelo menos no plano da gestão*. Isto significa que as empresas interligadas, responsáveis pelas atividades de produção, transporte e distribuição, quando for o caso, podiam manter a suas estruturas societárias e de propriedade, mas deviam manter contas separadas, na sua contabilidade interna, para cada uma dessas atividades.

<sup>188</sup> No tocante à distribuição, as obrigações impostas pela diretiva eram semelhantes: deviam os Estados-Membros designarem um operador das redes de distribuição, responsável pela sua exploração, manutenção e eventual desenvolvimento, não podendo este, em hipótese alguma, adotar medidas discriminatórias, salvo, se assim exigido pelo Estado-Membro, em favor de fontes de energia mais amigáveis ao meio ambiente.

<sup>189</sup> Essa figura do operador de rede viria a ser conceituada na Diretiva 2003/54/CE, nos seguintes termos: Art. 2º, (4) "Operador da rede de transporte": a pessoa singular ou coletiva responsável pela exploração, pela garantia da manutenção e, se for o caso disso, pelo desenvolvimento da rede de transporte numa área específica e, quando aplicável, das interligações com outras redes, bem como por assegurar a capacidade a longo prazo da rede para atender pedidos razoáveis de transporte e eletricidade.

segurança no abastecimento. Este operador devia ter sua atividade supervisionada pelos Estados-Membros para que não adotasse medidas discriminatórias entre os usuários da rede, especialmente em favor de suas filiais ou acionistas, salvo, se assim fosse exigido pelos Estados-Membros, em favor de instalações que utilizassem fontes de energia renováveis, ou resíduos ou um processo de produção que combinasse calor e eletricidade. Para a solução de litígios relativos aos contratos e às negociações em questão, constava da diretiva a obrigação dos Estados-Membros de designarem como competente uma autoridade necessariamente independente das partes.

Com relação à compra de energia, caso os Estados-Membros designassem como comprador único uma empresa de eletricidade verticalmente integrada<sup>190</sup>, deveriam exigir que esta atividade fosse gerida separadamente das atividades de produção e distribuição, assegurando, ainda, que não houvesse fluxo de informações entre estas além da medida necessária ao cumprimento de suas responsabilidades como comprador único.

Por fim, e entre as disposições mais importantes, encontram-se aquelas que regulavam o acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição<sup>191</sup>. A diretiva previa dois modelos possíveis de serem adotados, à discricionariedade dos Estados-Membros, quais sejam, o modelo de acesso negociado à rede<sup>192</sup> e o sistema de comprador único<sup>193</sup>. Ademais, com o intuito

---

<sup>190</sup> Integração vertical ocorre quando diferentes processos de produção - desde o insumo até a venda final ao consumidor - que podem ser produzidos separadamente, por várias firmas, passam a ser produzidos por uma única firma. O controle de várias, senão todas, as fases do processo de produção e/ou distribuição de um produto é capaz de proporcionar ao agente poder econômico que lhe assegure a posição dominante e, assim, facilite abusos, pois há a certeza de que a empresa disporá da matéria prima a preços competitivos e, de outro lado, que o produto chegará a seus consumidores. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 278. Na Diretiva 96/92/CEE, definida 'Empresa de eletricidade verticalmente integrada' como "a empresa que exerce pelo menos duas das seguintes atividades: produção, transporte ou distribuição de eletricidade". (artigo 2º, 18).

<sup>191</sup> HOCHBAUM, Ingfried. Artikel 86. In: SCHRÖTER, Helmut; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2003. p. 1914.

<sup>192</sup> No primeiro modelo, de acesso negociado à rede, os operadores das redes eram obrigados a publicar uma tabela indicativa de preços para a utilização das redes de transporte e de distribuição, devendo os mesmos serem calculados com base na média dos preços acordados em negociação durante o período anterior de doze meses. O operador da rede somente poderia recusar o acesso no caso de não dispor da capacidade necessária, em recusa devidamente justificada (artigo 17º).

de fomentar a concorrência, fez-se constar da diretiva a obrigação dos Estados-Membros de garantirem que os produtores e os clientes admissíveis<sup>194</sup> pudessem negociar um acesso à rede que lhes permitisse celebrar contratos de fornecimento na base de acordos comerciais voluntários<sup>195</sup>. O objetivo da diretiva, no sentido de abertura paulatina dos mercados dos Estados-Membros à concorrência no setor, é de incentivo a estes contratos independentes, devendo, a rigor do seu artigo 19, serem criadas condições tais que permitissem que estes contratos fossem *celebrados pelo menos num grau significativo*.

Já nesta diretiva integrante do primeiro pacote de medidas de liberalização constou expressamente a possibilidade dos Estados-Membros imporem obrigações de serviço público às empresas atuantes no setor, quando a concorrência não pudesse garantir a segurança do abastecimento<sup>196</sup> ou a defesa do consumidor ou do meio ambiente, em aplicação da norma do artigo

---

<sup>193</sup> No segundo modelo, de existência de um comprador único designado pelo Estado-Membro, cabia a este último garantir que fosse publicada uma tarifa não discriminatória para utilização da rede de transporte e de distribuição, e que os clientes admissíveis tivessem a possibilidade de celebrar contratos de fornecimento com produtores para suprir suas próprias necessidades e que, no mesmo sentido, os produtores independentes pudessem negociar o acesso às redes com os seus operadores, com vista à celebração de contratos de fornecimento com clientes admissíveis. Inclusive, tinham os Estados-Membros a faculdade de obrigarem o comprador único a comprar a eletricidade objeto de contrato entre produtor independente e cliente admissível pelo preço igual ao que oferecia a seus clientes admissíveis menos a tarifa de acesso (artigo 18º).

<sup>194</sup> Clientes admissíveis, no teor da diretiva, são aqueles aos quais é possibilitado escolher o produtor de energia, tendo capacidade para celebrar contratos diretos de fornecimento com este. Cabia, no teor da Diretiva 96/92/CE aos Estados-Membros especificarem os cliente que, no seu território, possuam capacidade jurídica para celebrar contratos de fornecimento de eletricidade, sendo que todos os consumidores finais que consumam anualmente mais de 100GWh por ano são obrigatoriamente incluídos nessa categoria. Ou seja, essa primeira Diretiva previa que somente os consumidores que adquirissem mais de 100GWh por ano deveriam ter garantido o seu direitos de escolha do fornecedor; entretanto, muitos Estados-Membros foram além desse requerimento mínimo para a abertura dos seus mercados, como por exemplo o Reino Unido, Alemanha e Suécia. KLOTZ, Robert. Applicability of the European Competition Law to Special Areas. *In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1351.

<sup>195</sup> Relativamente aos produtores independentes e aos autoprodutores, restou prevista a obrigação dos Estados-Membros de tomarem providências para que estes pudessem negociar o acesso à rede para abastecer os seus próprios estabelecimentos e filiais, estabelecidos no mesmo ou em outro Estado-Membro (artigo 20º).

<sup>196</sup> Em adição às obrigações do operador das redes de transporte, relativamente à atividade de distribuição era permitido aos Estados-Membros obrigarem as empresas de distribuição a abastecer os clientes localizados em uma determinada área, que seja mais remota, possibilitando-se, ademais, a regulamentação dos preços a serem aplicados a estes fornecimentos, para garantia da igualdade no tratamento em causa. Vê-se, neste dispositivo do artigo 10º, que obriga à universalização do serviço a preços módicos, um primeiro esboço das obrigações de serviço público.

106, n. 2, TFUE. Os requisitos, seguindo a regra do direito primário, eram que essas obrigações fossem claramente definidas, transparentes, não discriminatórias e controláveis, devendo as mesmas serem publicadas e prontamente comunicadas pelos Estados-Membros à Comissão.

Entretanto, em comparação com os pacotes legislativos que se seguiriam, as obrigações previstas eram bastante enxutas, podendo-se identificar, mais adiante, um crescimento da preocupação não só com o aspecto econômico da liberalização, mas justamente uma ênfase no modo de prestação destes serviços, buscando-se ganhos qualitativos aos cidadãos em lugar da mera redução de preços.

Em muitos Estados-Membros, porém, ainda havia à época apenas uma ou duas empresas responsáveis pela totalidade das atividades, conforme os exemplos já citados, pelo que se pode inferir que a transparência acabava dissipando-se em acertos políticos escusos, especialmente nos Estados em que o setor era ou é majoritariamente controlado pelo poder público. Dentre as perdas de valor pelo controle do setor diretamente pelo Estado – afastando-se do livre mercado – elenca-se principalmente a manipulação de preços e de custos para servir a manobras políticas, do que ressentem-se os investidores no mercado brasileiro<sup>197</sup>.

De um modo geral, viu-se constar dessa primeira diretiva estabelecendo regras comuns para o mercado interno da eletricidade um esboço das principais regras do setor, que ainda hoje constituem o cerne do direito europeu de energia, nomeadamente (i) as regras de acesso às redes, (ii) as obrigações de serviço público, e (iii) o controle da implementação por autoridades reguladoras nacionais. Entretanto, estão presentes apenas regras bastante genéricas sobre cada um dos tópicos, o que impediu que se operasse uma significativa harmonização das regras entre os Estados-Membros. A necessária abertura da atividade de produção à concorrência, nos Estados-

---

<sup>197</sup> LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

Membros, e a separação, ao menos contábil, das diversas atividades econômicas envolvidas, são os principais méritos logrados já no final da década de noventa.

Naquele momento, porém, as regras introduzidas foram pouco abrangentes justamente por refletirem a máxima possibilidade de compromisso dos Estados-Membros, que teriam suas empresas pela primeira vez precisando competir e/ou garantir acesso às suas facilidades à iniciativa privada e, o mais difícil, às empresas de outros Estados-Membros. Para a economia da França, conforme já referido, o setor de produção de energia é estrategicamente importante, de modo que o governo francês sempre se posicionou claramente como um oponente do processo de liberalização deste mercado. O referido Estado-Membro trazia para sua defesa argumentos como o fato de que a liberalização em outros mercados nem sempre foi claramente bem sucedida na redução de preços e garantia de abastecimento, além do caráter estratégico do setor, de modo que, - argumentava – o modelo de monopólio seria mais benéfico à sociedade do que o modelo de livre concorrência<sup>198</sup>.

A compreensão do setor energético como politicamente estratégico fazia, ainda, com que os Estados-Membros sentissem a liberalização como perda significativa de sua soberania, de modo que a harmonização paulatina apresentava-se como única alternativa viável. Novas investidas em harmonização já eram necessárias, contudo.

## **2.B. Estabelecimento de fóruns para a cooperação sob a égide do segundo pacote de medidas de liberalização**

Diversos problemas surgiram na primeira fase de transição para um mercado interno em energia, destacando-se a implementação irregular

---

<sup>198</sup> MUKHIGULISHVILI , George. *Competition and Monopoly in Internal Energy Markets*. Artigo *online* disponível em <[http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20\(1\).pdf](http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20(1).pdf)>. p. 09. Consulta em 04/02/2014.

da diretiva supra referida nos Estados-Membros, o uso de métodos discriminatórios para regular o acesso às redes e, especialmente, às interconexões, e os altos níveis de poder de mercado das empresas de energia elétrica<sup>199</sup>. Muito embora as autoridades reguladoras tenham sido instaladas, seus poderes, seus recursos e suas competências variavam muito ainda entre os Estados-Membros, inclusive com alguns deles recusando-se a estabelecer autoridades específicas para este controle<sup>200</sup>.

Para lidar com estes problemas havia, basicamente, três caminhos a serem seguidos pela Comissão, nomeadamente, (i) a edição de novos instrumentos legislativos, (ii) aplicação das regras de concorrência do bloco ou (iii) negociações voluntárias de mudanças com os principais agentes no mercado. Um segundo pacote de medidas legislativas, compreensivo e detalhado, emergiu somente quando se tornou evidente que as demais alternativas ou mesmo a mera ameaça de legislações futuras não seriam suficientes para atingir o objetivo de um mercado interno liberalizado<sup>201</sup>. Entretanto, conforme será visto na sequência, nessa nova fase iniciada com o segundo pacote passou a ser verificada no bloco uma maior ênfase ao processo de coordenação de interesses em ambientes de fórum, os quais já haviam sido estabelecidos sob a égide da legislação anterior, porém até então remanescido sem significativa atuação.

Observadas neste período as dificuldades experimentadas pelos Estados-Membros na introdução efetiva de concorrência no setor de energia nos anos que se seguiram à entrada em vigor do primeiro pacote de medidas legislativas, e, de outro lado, sustentados, pelo menos em tese, os benefícios advindos de um mercado interno de energia em termos de aumento de eficiência, reduções de preços, padrões de serviço e maior competitividade, seguiu-se a promulgação de um segundo pacote de medidas legislativas,

---

<sup>199</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 9.

<sup>200</sup> No caso da Alemanha, houve a recusa em estabelecer um corpo regulatório independente, mantendo apenas um controle *ex post* pelas autoridades de concorrência, o que apenas gerou reiteradas reclamações por uma série de partes interessadas. Ibidem. Outros países que preferiram o controle *ex post* foram Finlândia, Grécia, e Suécia. CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 32.

<sup>201</sup> Ibid. p. 10.

adotadas todas no ano de 2003. Referido pacote legislativo compreendeu (i) o Regulamento 1228/2003 relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade<sup>202</sup>, e (ii) a Diretiva 2003/54/CE que estabeleceu regras comuns para o mercado interno de eletricidade e revogou a diretiva 96/92/CE<sup>203</sup>.

O objetivo final do processo de liberalização foi deixado novamente expresso: que todos os clientes do setor de energia elétrica possam escolher livremente os seus fornecedores. É um objetivo que contrasta claramente com a política adotada pelo “novíssimo modelo” do setor de energia elétrica no Brasil, onde foi minimizada a livre concorrência e estabelecida a obrigatoriedade de compra e venda através de leilões regulados diretamente pelo poder concedente, permitindo-se a um número muito pequeno de consumidores a realização de contratos bilaterais.

No modelo brasileiro, para comparação, poucos consumidores livres, que cumprem as condições que os permitem escolher seu fornecedor (o equivalente aos “clientes elegíveis” no direito unional), efetivamente fizeram uso dessa possibilidade, no total 53 empresas (entre elas, por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce, Gerdau, Sadia, Toyota, Votorantim, etc.)<sup>204</sup>, representando cerca de 27% da energia consumida no país<sup>205</sup>. Muito embora os consumidores livres tenham conseguido negociar uma redução aproximada de 20% do custo da energia que consomem<sup>206</sup> (o que, novamente, comprova os benefícios de um livre mercado em comparação com a venda centralizada),

---

<sup>202</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (CE) n. 1228/2003 de 26 de junho de 2003 relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade*. Jornal Oficial da União Europeia, L 176/1, 15.7.2003.

<sup>203</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2003/54/CE de 26 de junho de 2003 que estabelece regras comuns para o mercado interno de energia e que revoga a diretiva 96/92/CE*. JO L176/37, de 15.7.2003.

<sup>204</sup> Conforme dados do Operador Nacional do Sistema. Fonte: <[http://www.ons.org.br/institucional/consumidores\\_livres.aspx](http://www.ons.org.br/institucional/consumidores_livres.aspx)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>205</sup> Fonte: <<http://www.redenergia.com/noticias/renovacao-de-concessoes-desacelera-mercado-livre/>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>206</sup> Fonte: <http://www.redenergia.com/noticias/renovacao-de-concessoes-desacelera-mercado-livre/>. Consulta em 04/02/2014.

estes benefícios devem ser mitigados por novas mudanças nas políticas do setor<sup>207</sup>.

Neste ponto, a trajetória da União Europeia no sentido de abrir a livre escolha dos fornecedores de energia à totalidade dos consumidores do bloco demonstra ser possível e desejável o funcionamento do livre mercado, garantindo-se através da regulação uma maior proteção dos consumidores residenciais e pequenas empresas. Demonstra, de outro lado, estar a política brasileira no setor indo na contramão do cenário mundial, com o desincentivo à livre negociação, mesmo às grandes empresas, reduzindo assim artificialmente e temporariamente os preços aos consumidores cativos, mas sem um planejamento sólido de longo prazo.

Para assegurar a liberdade real de escolha dos consumidores é demandado dos Estados-Membros que garantam que os clientes elegíveis<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> O desincentivo à contratação livre ocorre principalmente em razão da incerteza que ainda envolve essa contratação e do protecionismo exacerbado do novo modelo. LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 159. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014. Em 2012, a concorrência sofreu novo baque com a edição da MP 579/12 (convertida na Lei 12.783/2012), que determinou a prorrogação de concessões de hidrelétricas (de custos amortizados) condicionando-a ao repasse da totalidade da energia produzida ao mercado regulado, de modo que somente a energia mais cara pudesse ser comercializada no ambiente de contratação livre, claramente com o intuito de migração para aquele. Muitas das concessões que têm seu vencimento em 2015 estão sendo renovadas com a condição de que as tarifas sejam reduzidas, e destinando-se 100% da energia de usinas amortizadas ao mercado regulado, muito embora, por óbvio, o custo dessa amortização também tenha sido parcialmente pago pelos consumidores livres, representando essa política manifesta falta de isonomia no tratamento de consumidores livres e cativos. Assim, espera-se um novo desincentivo ao mercado livre, com a energia “mais barata” sendo vendida com exclusividade aos consumidores cativos, em consonância com a centralização e “manejo” do mercado pelo governo federal esperados nesse “novíssimo modelo”. Fonte: <<http://www.redenergia.com/noticias/renovacao-de-concessoes-desacelera-o-mercado-livre/>>. Consulta em 04/02/2014. O que se verifica é uma tentativa de retomada da centralização e uma espécie de descaso com o que se conquistou em termos de liberalização. Efetivamente essas disposições acarretaram a redução imediata da tarifa de energia elétrica aos consumidores domésticos, e se insere nas medidas imediatistas de contenção da inflação. A questão que se impõe é se, ao final, esta redução, da maneira como foi posta, não poderá carrear maior custo para o setor e, conseqüentemente, para a sociedade.

<sup>208</sup> Para fins dessa segunda diretiva, como norma que força a abertura dos mercados e reciprocidade, o artigo 21 determina que os Estados-Membros garantam que os clientes elegíveis sejam os seguintes: (a) Até 1º de Julho de 2004, os clientes elegíveis referidos nos n. 1 a 3 do artigo 19º da Diretiva 96/92/CE. Os Estados-Membros devem publicar os critérios de definição destes clientes elegíveis até 31 de Janeiro de cada ano; (b) A partir de 1º de Julho de

possam efetivamente mudar de fornecedor, e que quaisquer clientes elegíveis situados no seu território possam ser abastecidos por linha direta por um produtor e por empresas fornecedoras (artigo 22º da diretiva 2003/54/CE). Entretanto, devido às peculiaridades deste setor, depende essa liberdade de escolha de fornecedor, por evidente, de uma abertura progressiva que assegure um acesso igualitário às redes compartilhadas e, ao final, a proteção de interesses que extrapolam as considerações de mercado, razões do detalhamento maior de regras constantes desta diretiva.

Mas não somente o aumento da concorrência é o foco deste novo pacote legislativo. Conforme já esboçado nas primeiras legislações, demonstra a União ter uma preocupação com as garantias aos cidadãos e com a sustentabilidade no setor, o que se intensifica dentro do processo de liberalização. Resta evidente esta afirmação nas alterações constantes dessa nova legislação em relação a passada, quando, já na conceituação, passam a ser separados os conceitos de cliente doméstico<sup>209</sup> e cliente não doméstico<sup>210</sup>, e definidos os conceitos de “segurança”<sup>211</sup> e “eficiência energética/gestão de procura”<sup>212</sup>, além de nomeadas as fontes de energia consideradas renováveis<sup>213</sup>, sendo estas as energias eólica, solar, geotérmica, das ondas,

---

2004, o mais tardar, todos os clientes não domésticos; (c) A partir de 1 de Julho de 2007, todos os clientes.

<sup>209</sup> Art. 2º, n. 10: “Cliente doméstico”: o cliente que compra eletricidade para consumo doméstico próprio, excluindo atividades comerciais ou profissionais.

<sup>210</sup> Art. 2º, n. 11: “Cliente não doméstico”: a pessoa singular ou coletiva que compra eletricidade não destinada a utilização no seu agregado familiar, incluindo produtores e clientes grossistas.

<sup>211</sup> Art. 2º, n. 28: “Segurança”: a segurança do fornecimento e da oferta de eletricidade simultaneamente com a segurança técnica.

<sup>212</sup> Art. 2º, n. 29: “Segurança energética/gestão de procura”: a abordagem global ou integrada destinada a influenciar a quantidade e os períodos horários do consumo de eletricidade por forma a reduzir o consumo de energia primária e os picos de carga dando prioridade aos investimentos em medidas de eficiência energética ou outras, — como contratos de fornecimento interruptível — sobre os investimentos no aumento da capacidade de produção, caso os primeiros constituam a opção mais eficaz e econômica, tendo em conta o impacto ambiental positivo da redução do consumo de energia e os aspectos da segurança do fornecimento e dos custos de distribuição associados.

<sup>213</sup> A distinção entre fonte renovável e não renovável é dada pela velocidade de sua reposição em contraste com a velocidade de seu uso. Enquanto a água é repostada (pelas chuvas e demais precipitações atmosféricas) ciclicamente em um espaço de tempo compatível com seu uso, o carvão, o petróleo e o gás natural são materiais fósseis que levam milhões de anos para se formar, sem possibilidade de reposição que acompanhe o consumo. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

das marés, hídrica, biomassa, gás de aterro, gás proveniente de estações de tratamento de águas residuais e biogás.

Muito embora a configuração do setor energético, relativamente às suas fontes, seja radicalmente diversa entre os vários Estados-Membros, a predominância é das fontes de combustíveis fósseis (46,1%) e nuclear (25,6%). Há países como a Polónia e o Chipre que têm mais de 90% de sua produção advinda de combustíveis fósseis e, dentre os maiores produtores, Itália tem nessa fonte mais de 70% de sua produção e Alemanha mais de 60%. A principal produtora de energia nuclear no bloco é a França, sendo que essa fonte representa mais de 70% de sua produção. Embora o percentual de energia hidrelétrica não seja tão expressivo – representando apenas 16,7% do total da energia produzida – há países que têm nessa fonte a quase integralidade de sua produção, como a Noruega (em torno de 95%), e a Áustria (60%)<sup>214</sup>.

As demais fontes renováveis, apesar da tentativa de seu incentivo e investimentos, ainda representam apenas 11,2% do total de energia produzida no bloco, a maior parte eólica. Na Dinamarca, as fontes renováveis (exceto hidráulica) representam mais de 40% da produção nacional, enquanto que em Portugal representam 30% e na Alemanha e Espanha em torno de 20%<sup>215</sup>.

Veja-se que a posição sustentada por alguns estudiosos, de que dever-se-ia necessariamente descartar o modelo concorrencial como inaplicável ao setor energético brasileiro exclusivamente em razão da sua matriz predominantemente hídrica<sup>216</sup> contrasta com o sucesso que esse modelo obteve em países de matriz semelhante. A título de exemplo, cita-se o

---

<sup>214</sup> EUROPEAN NETWORK OF TRANSMISSION SYSTEM OPERATORS FOR ELECTRICITY. *Memo 2012 – provisional values*. Abril de 2013. Disponível em <<https://www.entsoe.eu/publications/general-publications/memo-entso-e-facts-figures/>>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> TERRY, Leslie Afrânio. *Monopólio natural na geração e transmissão no sistema elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: ILUMINA, 2003.

Nord Pool, mercado multinacional que envolve três países da União Europeia e um não pertencente ao bloco, nomeadamente, a Noruega<sup>217</sup>.

Não obstante não se pretenda afirmar pelo presente estudo a importação do referido modelo ao cenário brasileiro, mesmo porque tal sugestão demandaria uma análise mais aprofundada neste mercado específico, que foge ao escopo do presente estudo, aqui se quer afastar o misticismo da impossibilidade de um mercado de concorrência efetiva tão somente em razão da matriz energética predominante.

---

<sup>217</sup> O Nord Pool é o primeiro mercado multinacional de energia elétrica e compreende os territórios da Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca. Apesar de a Noruega não integrar a União Europeia, os outros três países o fazem e, conseqüentemente, as atividades ali envolvidas respeitam o regramento vigente no bloco. A menção a esse modelo é feita com objetivo, tão somente, de demonstrar a possibilidade de conciliação do livre mercado de energia elétrica com uma matriz predominantemente hídrica, como a do Brasil. A sua origem ocorreu com a criação do mercado nacional na Noruega em 1991. Ao agregar a Suécia, em 1996, o Nord Pool se tornou um mercado internacional; seguiram-se Finlândia (1998), Oeste da Dinamarca (1999) e Leste da Dinamarca (2000). As reformas do setor elétrico nos países nórdicos seguiram diretrizes comuns e acompanharam o processo de liberalização da União Europeia: desverticalização e criação de empresas independentes para a operação da rede, manutenção do regime de propriedade e liberalização da geração e comercialização. Além de intensificar a competição, o Nord Pool possibilitou o aproveitamento das complementaridades entre os parques de geração dos países que o constituem; veja-se que enquanto a Noruega tem quase a totalidade de sua energia proveniente de hidrelétricas, a Dinamarca tem a sua proveniente de geração térmica e a Finlândia e a Suécia têm uma combinação destas duas fontes e uma significativa participação da energia nuclear. Os parques geradores têm estruturas distintas, contribuindo para que a participação das fontes seja equilibrada no mercado. Aquilo, portanto, que no Brasil é apontado como motivo para fugir-se à livre concorrência, nos países nórdicos auxiliou justamente a mantê-la, prevenindo os riscos de esgotamento de qualquer das fontes. LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 175. Disponível em: < <http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014. A participação no Nord Pool não é compulsória. Geradores e comercializadores também podem transacionar energia através de contratos bilaterais. Os contratos representam a maior parte da energia transacionada, mas a parcela realizada no Nord Pool tem aumentado constantemente. Em 1996, apenas 10% do total da energia era transacionada através do mercado 'spot'. Atualmente, esta proporção é próxima a 43%. OECD, International Energy Agency. *Lessons from Liberalised Electricity Markets*. 2005. p. 183. Disponível em: < <http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/LessonsNet.pdf>>. Consulta em 04/02/2014. A maioria dos recursos hídricos está localizada ao Norte (concentrada na Noruega e na Suécia) e as termelétricas ao Sul. Em períodos de hidrologia favorável (reservatórios cheios), o Norte transfere energia para o Sul. Quando a hidrologia é desfavorável, o Sul exporta energia para o Norte. Nesses últimos períodos, o preço no mercado *spot* alcança valores mais elevados. LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 192. Disponível em: < <http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014.

Em termos de estruturação do setor de energia na União Europeia, a mudança mais significativa trazida pela diretiva 2003/54/CE foi a exigência de separação legal, jurídica, dos operadores de redes de transporte e distribuição das demais atividades no setor de energia<sup>218</sup>, para o caso de empresas verticalmente integradas<sup>219</sup>. O reconhecimento da União Europeia, que levou à adoção desta norma, é que o acesso igualitário às redes por terceiros somente pode ser logrado quando o plano conjunto dessas empresas verticalmente integradas for quebrado<sup>220</sup>. O objetivo desta regra de separação legal e funcional das empresas era que as empresas detentoras do monopólio sobre a rede operassem independentemente, em lugar de cooperarem exclusivamente com suas afiliadas<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> O artigo 10º da diretiva demanda a separação dos operadores de redes de transporte, determinando que a empresa operadora do transporte *deve ser independente, pelo menos no plano jurídico, da organização e da tomada de decisões, das outras atividades não relacionadas com o transporte*, e proibindo as pessoas responsáveis pela gestão do operador de rede de participarem direta ou indiretamente, na empresa de eletricidade que explore outra atividade, das estruturas responsáveis pela exploração da produção, distribuição e fornecimento de eletricidade, reforçando a necessidade de separação da gestão entre as empresas, além da jurídica. O artigo 15º traz o mesmo texto relativamente aos operadores de rede de distribuição, ressaltando a faculdade de não aplicação dessa norma a empresas integradas que abasteçam menos de cem mil clientes ou pequenas redes isoladas.

<sup>219</sup> Segundo conceito trazido pela própria Diretiva 2003/54/CE, art. 2º (21), empresa verticalmente integrada é a “empresa ou um grupo de empresas que exerce, pelo menos, uma das atividades de transporte ou distribuição e, pelo menos, uma das atividades de produção ou fornecimento de eletricidade;”.

<sup>220</sup> BAUR, Jürgen F., et. al. *Unbundling in der Energiewirtschaft*. Colônia: Carl-Heymanns, 2006. p. 3. Ambas as normas, entretanto, traziam expressamente em seus textos a desnecessidade de separação da propriedade dos ativos das redes de transporte e de distribuição das empresas atuando em outras atividades. Nos considerandos da diretiva, é ressaltada a diferença entre a separação jurídica exigida e a separação da propriedade. “Considerando (8): *É, todavia, importante distinguir entre essa separação jurídica e a separação da propriedade. A separação jurídica não implica uma mudança de propriedade dos bens e nada impede a aplicação de condições de emprego semelhantes ou iguais em toda a empresa verticalmente integrada. Contudo, deverá assegurar-se a existência de um processo de tomada de decisões não discriminatório mediante medidas de organização em matéria de independência dos responsáveis pelas decisões.*” Assim, tinha-se que nenhuma empresa precisaria vender seus braços de transmissão e distribuição. CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 18. O autor ainda ressalta que esta obrigação de separação jurídica era limitada aos negócios de operação de redes enquanto monopólios naturais, não afetando as demais atividades que poderiam continuar a ser operadas por uma única empresa ou um grupo de empresas. Embora à época algumas vezes da doutrina já indicavam ser a separação de propriedade o caminho mais indicado, essa discussão teria sido conscientemente adiada para as futuras reformas desse segundo pacote. KLOTZ, Robert. *Applicability of the European Competition Law to Special Areas*. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1355.

<sup>221</sup> Importante é, além da separação jurídica, a separação na gestão das empresas e processos decisórios. A gestão da empresa operadora de rede devia ser feita de modo independente e sem influência das demais empresas, embora essa diretiva não contenha especificações mais detalhadas sobre a organização dos negócios e o quanto a infraestrutura compartilhada (de

No início da liberalização, com o primeiro pacote de medidas, o legislador europeu ainda teve por foco o estabelecimento de regras que possibilitassem a entrada no mercado de novos participantes, na fase de produção<sup>222</sup>, deixando as regras de separação de estruturas em segundo plano, para um momento posterior, que se iniciou em 2004, com a entrada em vigor deste novo pacote de medidas. A inexistência de uma concorrência efetiva na atividade de produção verificada, anos após a entrada em vigor do primeiro pacote legislativo, foi associada ao desincentivo gerado pela não garantia de acesso igualitário às redes. A fase de produção seguia fortemente dominada pelos antigos monopólios, empresas verticalmente integradas que separaram apenas a gestão das suas atividades, mas ainda atuavam com vantagens sobre os demais produtores, o que justificava a exigência de separação legal das mesmas.

Ainda hoje, a atividade de produção é assumida em regra por empresas gigantescas, falando-se nas “9 grandes empresas de energia do bloco”, nomeadamente: Enel (Itália), ENI (Itália), E.ON (Alemanha), Gas Natural Fenosa (Espanha), GasTerra (Holanda), GDF Suez (França), Iberdrola (Espanha), RWE (Alemanha) e Vattenfall (Suécia)<sup>223</sup>, que acabavam por ter

---

peçoal, prédios, sistema de processamento de dados, etc.) deveria ser separada entre as empresas. A doutrina já ressalvava, à época, que, muito embora essa separação estrita tivesse o potencial de incentivar a concorrência e o acesso de terceiros, poderia também impedir sinergias e, com isso, economia de custos nas empresas integradas. KLOTZ, Robert. *Applicability of the European Competition Law to Special Areas*. In: SCHRÖTER, Helmuth; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1354.

<sup>222</sup> Com relação à fase de produção energética, dentre as opções que deixara a primeira diretiva, constatou-se uma clara preferência dos Estados-Membros ao sistema de autorizações, deixando o sistema de adjudicações como última medida em caso de não ser lograda capacidade de produção suficiente. É imposto, portanto, aos Estados-Membros adotarem o processo de autorização para a construção de novas capacidades de produção, segundo critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios; não sendo suficientes as capacidades logradas através desse procedimento, somente, deve-se garantir a possibilidade de criar novas capacidades ou medidas de eficiência energética ou gestão através da abertura de concursos, cujas condições devem ser publicadas no Jornal Oficial com antecedência suficiente, disponibilizado o instrumento convocatório a todos interessados de todos os Estados-Membros, conforme artigo 7º da Diretiva 2003/54/CE.

<sup>223</sup> Notícia veiculada em 09/10/2013, disponível em: <<https://www.eon.com/en/media/news/press-releases/2013/9/10/heads-of-nine-leading-european-energy-companies-propose-concrete.html>>. Consulta em 04/02/2014.

influência significativa, conseqüentemente, nas importações e nas exportações entre os Estados-Membros.

Outra alteração significativa na configuração do setor introduzida por esta segunda diretiva para a liberalização e controle do mercado de eletricidade (2003/54/CE) foi o reconhecimento da necessidade de garantir-se a existência de uma regulação eficaz por parte de uma ou mais entidades reguladoras nacionais, atribuindo-se a estas um mesmo conjunto mínimo de competências e funções<sup>224</sup>, além de independência em relação aos interesses do setor<sup>225</sup>, a fim de garantir-se também uma homogeneidade no direito regulatório afeto à matéria de energia elétrica. Esta criação e fortalecimento das agências reguladoras, bem como o foco nas autoridades reguladoras como meio de condução do setor de energia, perdura até o presente, em constante intensificação.

As autoridades reguladoras são responsáveis por fixar ou aprovar, antes da sua entrada em vigor, pelo menos as metodologias a serem

---

<sup>224</sup> As competências mínimas das entidades reguladoras que cada Estado-Membro deve manter para o setor de energia elétrica são elencadas no artigo 23. Compete-lhes, no mínimo, garantir a não discriminação, uma concorrência efetiva e o bom funcionamento do mercado, acompanhando, principalmente, (a) as normas relativas à gestão e atribuição de capacidade de interligação; (b) os mecanismos destinados a lidar com situações de congestionamento da rede nacional de eletricidade; (c) os períodos de espera para a execução de ligações e reparações pelas empresas de transporte e distribuição; (d) a publicação pelos operadores das redes de transporte e distribuição das informações adequadas relativas às interligações, à utilização da rede e à atribuição de capacidade aos interessados; (e) a separação efetiva das contas; e (f) o nível de transparência e de concorrência. Além dessas funções, a entidade reguladora deve ter competência para a resolução de conflitos no setor, devendo proferir uma decisão no prazo de dois meses após a recepção de queixa contra um operador de uma rede de transporte ou distribuição, decisão está que produzirá efeitos vinculantes às partes, salvo revogação da mesma em juízo.

<sup>225</sup> Conforme art. 23, n. 1, da diretiva 2003/54/CE, essas entidades reguladoras deveriam ser totalmente independentes dos interesses do setor; entretanto, não fora ainda previsto nessa diretiva quais autoridades poderiam ser investidas desses poderes, e o quão politicamente independentes as mesmas deveriam ser, podendo, a princípio, as tarefas serem alocadas em ministérios já existentes ou mesmo destinadas à autoridade de concorrência do Estado-Membro. As funções regulatórias poderiam, ainda, ser espalhadas para uma série de autoridades, se o Estado-Membro assim entendesse apropriado, permitindo-se, por exemplo, autoridades locais ou regionais. Sua independência, conforme extraído da diretiva, embora obrigatória, era definida com relação aos interesses do setor, e não demandava a sua desvinculação de influências governamentais dos Estados-Membros. KLOTZ, Robert. *Applicability of the European Competition Law to Special Areas*. In: SCHRÖTER, Helmut; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1353. No mesmo sentido, CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 19.

utilizadas para calcular ou estabelecer as condições de ligação e o acesso às redes nacionais, incluindo as tarifas de transporte e distribuição<sup>226</sup>, sendo esta, em verdade, a sua “tarefa chave”<sup>227</sup>. Para que haja uma abertura de mercado efetiva no setor de energia, a regulação de tarifas de acesso às redes assume crucial importância<sup>228</sup>, devendo estas tarifas serem definidas de modo a evitar preços excessivos ou compressão das margens (*margin squeeze*<sup>229</sup>), permitindo a entrada no mercado por novos competidores, mas impedir ao mesmo tempo o desincentivo do operador de rede em investir na manutenção e expansão desta<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> Art. 23, n. 4: “As entidades reguladoras devem dispor de competência para obrigar, se necessário, os operadores das redes de transporte e distribuição a alterarem as condições, tarifas, regras, mecanismos e metodologias a que se referem os n. 1, 2 e 3, a fim de garantir que sejam proporcionados e aplicados de forma não discriminatória”.

<sup>227</sup> CAMERON, Peter. *Op. cit.* p. 21. Muito embora, conforme ressalva do mesmo autor, este poder pudesse ser politicamente limitado, uma vez que o artigo 23, n. 3 prevê que o Estado-Membro pode requerer à autoridade que submeta as tarifas ou metodologias para decisão formal pelo organismo competente no Estado-Membro, que poderá aprová-las ou rejeitá-las, justificadamente.

<sup>228</sup> Muito embora a diretiva anterior tenha possibilitado a escolha pelos Estados-Membros entre o sistema de negociação da tarifa de acesso e o sistema de estabelecimento de uma tarifa de acesso pela entidade reguladora, a segunda diretiva reconheceu não conduzir a primeira opção ao estabelecimento de uma concorrência efetiva. A experiência sob a égide da diretiva anterior, especialmente na Alemanha, mostrou que os interesses conflitantes existentes tornam uma negociação comercial das tarifas de acesso às redes, entre o operador de rede e aqueles interessados em utilizá-la, quase impossível. Por esta razão, a nova diretiva impôs às entidades reguladoras a obrigação de regular essas tarifas de acesso em um nível de preço que considere todos os interesses envolvidos, e publicá-las com antecedência, evitando discriminações entre usuários. Neste sentido: CAMERON, Peter. *Op. Cit.* p. 12; KLOTZ, Robert. *Op. Cit.* p. 1358.

<sup>229</sup> O termo econômico “margin squeeze” é traduzido nos documentos europeus como “compressão de margens”, e se trata de *estabelecer uma comparação entre as tarifas de dois serviços individuais prestados em diferentes níveis econômicos do mercado*. Neste sentido, a Decisão da Comissão, de 21 de Maio de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.o do Tratado CE (Processo COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG). JO 14.10.2003, L263/9. A compressão das margens é mais fácil de ser provada do que o preço excessivo, já que não depende de uma análise de custos, mas tão somente na constatação de que a tarifa cobrada no mercado inicial é mais elevado do que o preço de venda aos consumidores finais. Conforme consta da decisão no processo Processo T-271/03, Deutsche Telekom AG contra Comissão das Comunidades Europeias, *o caráter abusivo das práticas tarifárias de uma empresa dominante, uma vez que reveste a forma de uma compressão tarifária das margens, está relacionado com o caráter não equitativo da diferença entre o seu preço de retalho para o produto derivado no mercado a jusante e o seu preço para a matéria-prima por ela fornecida aos seus concorrentes no mercado a montante se a diferença entre essas tarifas for negativa ou insuficiente para cobrir os custos específicos do seu produto derivado. Daqui resulta que para contestar esse abuso, a Comissão não era obrigada a demonstrar que os preços de retalho eram abusivos enquanto tais*. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=66777&doclang=PT&mode=&part=1>>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>230</sup> KLOTZ, Robert. *Applicability of the European Competition Law to Special Areas. In: SCHRÖTER, Helmut; et. al. (orgs). Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1357.

Esta diretiva, cerne do segundo pacote de medidas para a liberalização do mercado interno de energia elétrica, toma mais em conta o espírito do artigo 106 TFUE, trabalhado no ponto anterior, que prevê a possibilidade de imposição, pelos Estados-Membros, de obrigações de serviços públicos às empresas encarregadas destes, ainda que para isso afastando proporcionalmente as regras de concorrência, quando em prol do interesse geral. Diante do reconhecimento de que a concorrência sob as regras estritas de mercado não conduziria necessariamente a ganhos em termos de sustentabilidade, segurança no fornecimento e redução da dependência do bloco da importação de energia, bifurca-se o foco do processo de liberalização entre os objetivos econômicos (maior concorrência e redução de preços) e aqueles não diretamente econômicos.

A diretiva já traz entre suas considerações iniciais uma mudança no trato do tema, referindo que *o cumprimento dos requisitos de serviço público constitui uma exigência fundamental da presente diretiva, e é importante que nela sejam especificadas normas mínimas comuns (...)* (Considerando n. 26). Passa-se de uma abordagem voltada à concorrência e à abertura do mercado para uma abordagem mais preocupada com os consumidores, cidadãos europeus, que devem ser os beneficiários últimos dessa liberalização do setor, surgindo uma nova ênfase na proteção do consumidor de energia<sup>231</sup>.

Essa mudança viria com objetivo de consolidar o discurso pro-concorrência, e sua capacidade de manter a segurança e assegurar benefícios aos cidadãos europeus, que alguns Estados – principalmente a França, conforme referido – rechaçavam abertamente, e que até hoje ainda é questionado. O posicionamento político no Brasil igualmente reflete esse interesse na intervenção estatal mais direta, sob o argumento de proteção mais eficiente ao consumidor<sup>232</sup>.

---

<sup>231</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 25.

<sup>232</sup> ANTUNES, Flávia Mesquita. *A institucionalização do Modelo Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro – O Caso das Distribuidoras de Energia Elétrica*. 2006. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Faculdade de Administração, Pontífice Universidade Católica do

Dentre as obrigações de serviço público, a diretiva previa que devessem os Estados-Membros garantir que todos os clientes domésticos, e se considerarem adequado, todas as pequenas empresas<sup>233</sup>, gozassem de um serviço universal, reputado como o direito de serem abastecidos a preços razoáveis, transparentes, de fácil e clara comprovação, com uma energia elétrica de qualidade específica no seu território<sup>234</sup>. A ideia era estabelecer no mercado de energia, como havia sido feito no de telecomunicações, um “preço a ser batido”, colocando pressão de concorrência entre os fornecedores<sup>235</sup>. Justamente para que tal conceito pudesse funcionar, e pudesse ser garantida a universalidade, os Estados-Membros deveriam designar um fornecedor de último recurso<sup>236</sup>.

---

Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao\\_Flavia\\_Mesquita.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao_Flavia_Mesquita.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>233</sup> Entendidas com pequenas empresas aquelas com menos de 50 trabalhadores e um volume de negócios ou um balanço anual não superior a 10 milhões de euros. Art. 3º, 3 da Diretiva 2003/54/CE.

<sup>234</sup> Para fins de aumentar a transparência e facilitar ou embasar a escolha a ser adotada, deve ser assegurado, em cada país, que nas faturas de energia elétrica os fornecedores especifiquem, no mínimo, (i) a contribuição de cada fonte de energia para estrutura global de combustíveis do fornecedor no ano anterior e (ii) pelo menos a referência de fontes de consulta existentes, como por exemplo página de internet, onde estejam disponíveis informações sobre o impacto ambiental, em termos de emissões de CO2 e de resíduos radioativos das fontes utilizadas pelo fornecedor no ano anterior (artigo 3º). Ademais, os consumidores deviam ser informados de qualquer intenção das empresas em modificarem as condições contratuais, receber informações transparentes sobre os preços e tarifas aplicados, e uma escolha ampla de métodos de pagamento, bem como ter à sua disposição procedimentos simples, baratos e transparentes para resolverem suas queixas (Anexo “A” – Medidas de proteção aos consumidores).

<sup>235</sup> CAMERON, Peter. *Op. Cit.* p. 28.

<sup>236</sup> Nenhuma das normas da Diretiva explana o termo “fornecedor de último recurso”, discutido no Relatório do Grupo de Trabalho em serviços públicos da Eurelectric, publicado em fevereiro de 2004. Ali deixa-se claro que o propósito último do fornecedor de último recurso é assegurar que o consumidor receba eletricidade quando tal não possa ser assegurado sob condições normais de mercado. Pode suprir três funções, nomeadamente, (i) assumir quando um fornecedor regular vai à falência; (ii) fornecer clientes vulneráveis que não tenham condições de pagar (consumidores vulneráveis) e (iii) fornecer a consumidores que sejam impossibilitados de pagar o preço do serviço com a cobertura do custo total (clientes vulneráveis e residentes em locais remotos). O fornecedor de último recurso é um instrumento opcional aos Estados-Membros para assegurar o serviço universal, sujeito ao princípio da subsidiariedade, e que deve ter seus custos compensados adequadamente, para evitar-se restringir ou distorcer a concorrência, sendo importante que o mesmo não detenha posição de vantagem em relação aos demais agentes. O fornecedor de último recurso deve ser apontado por um período finito de tempo facilitando que o consumidor ache um fornecedor sob condições de concorrência; o apontamento desse fornecedor deve ser levado a efeito de maneira transparente, e remuneradas essas empresas justamente. EURELECTRIC WORKING GROUP PUBLIC SERVICE. *EURELECTRIC Report on Public service Obligations*, fevereiro de 2004. Disponível em <<http://www.eurelectric.org/Download/Download.aspx?DocumentID=14841>>. Consulta em 12.05.2013.

Assim, soma-se os benefícios da livre concorrência ao interesse de proteção do consumidor doméstico. Essa sistemática dispensa também uma intervenção intensa de empresas estatais sob o argumento de garantia de abastecimento, possibilitando à iniciativa privada o encabeçamento da atuação no setor, reservando-se ao Estado um papel secundário de garantidor em caso de eventuais falhas. Não ocorreu, com a introdução da concorrência, uma redução das obrigações de serviço público, mas pelo contrário, o processo de liberalização garantiu paulatinamente a sua harmonização em patamares mais altos.

Os dois principais méritos desta segunda diretiva, portanto, foram a introdução do regime de acesso a terceiros através de tarifas pré-estabelecidas e do regime de separação jurídica entre as empresas verticalmente integradas. A principal crítica subsistente era que, ao invés de um mercado interno, as primeiras diretivas teriam levado ao surgimento de diversos mercados individuais liberalizados em cada Estado-Membro<sup>237</sup>.

A primeira diretiva que estabeleceu regras harmônicas para o setor de eletricidade não teve muito a dizer sobre comércio entre Estados, e a segunda, que a substituiu, acrescentou muito pouco. Esta questão foi deixada ao Regulamento n. 1228/2003, legislação integrante do segundo pacote de liberalização, cujo objetivo era o estabelecimento de regras em matéria de comércio transfronteiriço de energia<sup>238</sup>, e que reconheceu a ausência de

---

<sup>237</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 8.

<sup>238</sup> O regulamento tem por objeto trazer trocas de eletricidade justas entre os Estados-Membros baseado em três conceitos principais. Primeiro, introduz a compensação entre os operadores de redes de transporte para compensar os custos incorridos para acolher o fluxo de eletricidade nas suas redes, desde onde o fluxo se origina até onde ele termina. Segundo, encoraja a cobrança pelo acesso à rede por tarifas que reflitam os custos, mas que não considerem as diferentes distâncias de rede, evitando distorções. Considerando (3): “Não é justificável aplicar tarifas em função da distância nem, se forem fornecidos sinais de localização adequados, aplicar uma tarifa específica a pagar apenas pelos exportadores ou importadores, para além da tarifa geral de acesso à rede nacional.” A prática de *margin squeeze* é expressamente proibida: “Art. 4 (2) Os produtores e os consumidores (“carga”) podem ser obrigados a pagar uma tarifa pelo acesso às redes. A parte do montante total das tarifas de rede paga pelos produtores deve, sob reserva da necessidade de fornecer sinais de localização adequados e eficazes, ser inferior à parte paga pelos consumidores.” Terceiro, estabelece medidas para aumentar a capacidade de alocação, o controle e a solução de

comércio intenso entre Estados-Membros no setor de energia, em relação a outros setores.

Mas a produção e a implementação legislativa foram apenas um dos caminhos traçados a nível comunitário para lograr-se uma maior abertura dos mercados nesse relevante setor. Iniciava-se pouco antes da vigência desse segundo pacote, e caracterizou os anos que se seguiram sob sua vigência, um produtivo processo de cooperação entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros, os empresários no setor e a Comissão Europeia. Esse processo de cooperação justamente veio, mais adiante, a possibilitar uma atuação mais proativa da Comissão Europeia no setor, tendo-lhe garantido a expertise necessária e o conhecimento de bases comuns, para uma futura aplicação do direito da concorrência às empresas de energia.

O projeto do mercado interno estava sendo vorazmente perseguido, e o setor de energia, pela sua importância, não poderia ser deixado à parte do projeto. Apesar do protecionismo de alguns Estados-Membros e da forte oposição francesa, havia a favor da liberalização não só o discurso político do mercado interno, mas igualmente o interesse de muitas empresas em fortalecerem-se ante a globalização.

Por esta razão, não querendo utilizar-se de hierarquia por tratar-se de setor delicado, mas precisando acelerar o assentamento de bases comuns, a Comissão Europeia optou por estabelecer avenidas alternativas e informais de harmonização e coordenação na matéria regulatória, para abordar as dificuldades verificadas na implementação das primeiras legislações, emergindo como a principal expressão desta estratégia o conceito de fórum. A ideia era a de proporcionar uma plataforma para discussão e cooperação entre

---

congestionamento. Por fim, é imposto aos Estados-Membros que estabeleçam sanções aplicáveis às infrações listadas no regulamento, as quais deviam ser eficazes, proporcionais e dissuasivas. Também é prevista a faculdade de a Comissão Europeia impor sanções às empresas que deixem de fornecer as informações requisitadas: Art. 12 (2) "A Comissão pode, através de uma decisão, impor às empresas coimas não superiores a 1 % do volume total de negócios do exercício comercial anterior, caso forneçam, deliberadamente ou por negligência, informações incorretas, incompletas ou enganadoras em resposta a um pedido formulado nos termos do nº 3 do artigo 10º ou não forneçam as informações pedidas no prazo fixado por decisão tomada nos termos do primeiro parágrafo do nº 5 do artigo 10º".

ministros e reguladores nacionais, instituições comunitárias, e acionários na indústria, sendo que a colaboração era inteiramente voluntária e baseada em um esforço conjunto de se buscar soluções aos problemas empíricos enfrentados<sup>239</sup>.

Veja-se que, resguardadas as diferenças, uma vez que a principal dificuldade na União Europeia sempre foi a de conciliar interesses de Estados distintos, no Brasil também se reconhece a importância do diálogo entre o Estado regulador e as empresas reguladas pertencentes aos diversos setores. Esse é um dos objetivos do ONS, responsável pelas atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrada pelos titulares de concessão, permissão ou autorização e pelos consumidores livres. Fica a ressalva, contudo, de que essa associação tem por objetivo debater apenas os aspectos técnicos relacionados às atividades referidas, e não debater os rumos e modificações necessárias na política do setor.

O principal problema na regulamentação do setor no Brasil, conforme se pretende demonstrar, é justamente a ausência de uma política coesa em razão de fortes divergências ideológicas, que poderia ser resolvido ou amenizado com maior incentivo ao diálogo entre os atores do mercado e afastado dos interesses “de governo”, além de estatisticamente embasado. Essa falha resta evidenciada quando se acompanha o longo processo de liberalização que é trilhado linearmente na União Europeia.

O primeiro fórum relativo ao setor de energia elétrica denominou-se Fórum Regulador de Eletricidade, ou Fórum de Florença (Florence Forum), estabelecido em 1998 pela Direção-Geral da Comissão responsável pelo setor de energia na época. Paralelamente, a Comissão incentivava, à época, a coordenação dos operadores de redes de transmissão, que passaram a se reunir em uma nova associação, a ETSO (European

---

<sup>239</sup> EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The ‘third way’ in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 65.

Transmission System Operators), atualmente denominada ENTSOE (European Network of Transmission System Operators for Electricity). Com o segundo pacote legislativo, a cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais foi igualmente institucionalizada, criando-se em 2003 o Grupo Europeu de Entidades Reguladoras para os Mercados de Eletricidade e Gás<sup>240</sup> como mecanismo consultivo adequado para encorajar a cooperação e coordenação das entidades reguladoras nacionais, como meio de promover o desenvolvimento do mercado interno.

O estabelecimento deste grupo foi fortemente apoiado pelo Parlamento Europeu durante os debates sobre as diretivas, e deveria espelhar as funções de outros grupos semelhantes já existentes à época no setor de serviços financeiros e de telecomunicações<sup>241</sup>. A expansão do bloco para 27 Estados-Membros (à época) trazia o interesse dos pequenos Estados na referida política, tendo sua representação no Parlamento. Uma vantagem vista da regulação por cooperação seria o encorajamento da criação de mecanismos nos quais as soluções pudessem ser procuradas, revisadas e analisadas por agentes de mercado que teriam um mesmo retorno do projeto, ainda que não tivessem interesses idênticos<sup>242</sup>. Esse Grupo foi transformado, em 2009, na Agência para a Cooperação de Reguladores de Energia (ACER)<sup>243</sup> da União Europeia.

A cooperação obtida de parte da indústria foi absolutamente crucial na construção do sistema regulatório atual, além de demonstrar o reconhecimento do fórum como importante arena política pela própria indústria.

---

<sup>240</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Decisão da Comissão 2003/796/CE, de 11 de Novembro de 2003, que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás*. Publicação oficial em 14.11.2003, L 296/34.

<sup>241</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 23. Esse grupo foi estabelecido através da Decisão da Comissão, de 11 de Novembro de 2003, que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás, 2003/796/CE, publicada no Jornal Oficial L296 de 14.11.2003. Disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0796:PT:HTML>>. Consulta em 27/07?2013.

<sup>242</sup> CAMERON, Peter. *Op. Cit.* p. 34.

<sup>243</sup> A ACER é uma agência da União Europeia, com seu próprio pessoal e recursos, criada no terceiro pacote de medidas regulatórias pelo Regulamento (CE) n.º 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia Texto relevante para efeitos do EEE. Jornal Oficial nº L 211 de 14/08/2009.

Por fim, é de se notar ainda que esse processo auxiliou novos atores do mercado a ganharem acesso e influenciarem a política de energia elétrica na União Europeia<sup>244</sup>. O Fórum de Florença ainda realiza reuniões anuais, nas quais os interessados do setor podem discutir as questões que lhe concernem, na busca de melhores soluções, mostrando-se como a principal forma dos acionistas da indústria articularem suas reivindicações<sup>245</sup>.

Conforme se vê, em razão dos problemas de harmonização através das primeiras legislações setoriais, neste setor a Comissão Europeia encontrou “rotas alternativas” para contornar o problema da ausência de competência supranacional, que ultrapassam os modelos usuais de hierarquia e concorrência de regulações, buscando-se uma colaboração entre instituições nacionais e a União.

Até então, a despeito de bem sucedidas as investidas em cooperação, e de ter-se iniciado, conforme se verá no capítulo final, o controle das empresas do setor também pelo direito da concorrência, a Comissão declarou expressamente convicta de que não existiria solução alternativa para além da liberalização do mercado<sup>246</sup>. Assim, em lugar de reduzir a regulação *ex ante* – o que já era realizado à época no setor de

---

<sup>244</sup> Com o passar do tempo, o número e diversidade dos participantes continuamente aumentou, crescimento este que refletiu não somente a expansão do bloco para incluir os países do Leste, mas também a transformação do próprio setor, com a multiplicação de atores em um quadro de liberalização. A multiplicação de atores, por outro lado, elevou a heterogeneidade do grupo, o que dificulta a construção de consensos, a despeito de elevar a qualidade das discussões. EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The ‘third way’ in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 72.

<sup>245</sup> A exemplo, no último encontro, os administradores das nove empresas líderes do setor reivindicaram o fim de subsídios de produção a empresas de energia renovável, especialmente as não maduras e, em lugar, a sua substituição por investimentos, para estas, em pesquisa e desenvolvimento. Fonte: < <https://www.eon.com/en/media/news/press-releases/2013/9/10/heads-of-nine-leading-european-energy-companies-propose-concrete.html>>. As conclusões do último Fórum, realizado entre os dias 12 e 13 de novembro de 2013, encontram-se disponíveis em < [http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_WORKSHOP/Stakeholder%20Fora/Florence%20Fora/25supthsup%20Florence%20Forum/meeting\\_025\\_conclusions.pdf](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_WORKSHOP/Stakeholder%20Fora/Florence%20Fora/25supthsup%20Florence%20Forum/meeting_025_conclusions.pdf)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>246</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da electricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final. p. 03.

telefonía, por exemplo -, a opção foi aumentá-la e tentar a harmonização das regras estruturais com o mínimo de discricionariedade aos Estados-Membros.

Com base, principalmente, nas discussões havidas no âmbito dos fóruns referidos e analisando a Comissão anualmente as evoluções no mercado em questão, havendo inúmeros entraves à concorrência ainda suscitados, foi entendida necessária uma terceira intervenção legislativa, a qual estabelecerá as regras ora em vigor, portanto de especial relevância ao presente estudo. A redução quase total de liberdade dos atores de mercado por este terceiro pacote legislativo, pela extensão da regulação *ex ante* das atividades, deve completar o processo de liberalização legislativa do setor, devendo ser investigados os seus resultados.

## **2.C. Quadro atual no setor de energia consolidado terceiro pacote de medidas de liberalização**

Em 2009 foi aprovada a mais recente versão do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que trouxe então uma maior (ainda) aproximação dos Estados-Membros. Ele entrou em vigor no final daquele ano. Essa nova versão do Tratado, denominado a partir de então, conforme visto, de Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, traz em seu corpo um título dedicado à política de energia, alocando então entre as tarefas da União a de “assegurar o funcionamento do mercado de energia” (artigo 194, n. 1, letra a). Esta mudança significa que, após décadas de resistência nesse sentido, finalmente aceitaram os Estados-Membros incluir o estabelecimento de um mercado interno de energia como competência da União explicitada no direito primário.

Com a guarida do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>247</sup> e a recém lograda inclusão de um capítulo sobre energia no direito primário, tendo

---

<sup>247</sup> Questionamento corriqueiro da doutrina e dos atores do mercado de energia elétrica, quando da edição do primeiro e segundo pacotes de medidas, era a inexistência de

em vista os problemas ainda verificados no setor, foi promulgado naquele mesmo ano de 2009 o terceiro pacote de medidas para a liberalização do setor e harmonização das legislações nacionais, constituído de, nomeadamente, (i) a Diretiva 2009/72/CE<sup>248</sup>, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a diretiva 2003/54/CE estudada no capítulo anterior, (ii) os Regulamentos 714/2009/CE<sup>249</sup> e 715/2009/CE<sup>250</sup>, relativos às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e gás, respectivamente, e (iii) o Regulamento 713/2009 que instituiu a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia<sup>251</sup>.

O estudo deste novo e último capítulo da evolução do quadro regulatório no setor de energia elétrica na União Europeia deve permitir identificar-se uma resposta ao questionamento proposto, no tocante à eficiência da regulação setorial para a abertura do referido mercado. Devem ser referidos os problemas que ainda persistiam após dois pacotes de liberalização e a solução que lhes foi dada, com a análise dos resultados já identificados pelos órgãos unionais. Por fim, contrastando-se com o controle concorrencial, objeto do terceiro capítulo, deve-se chegar a uma conclusão sobre a melhor forma de controle do setor, objetivo do presente trabalho.

Este pacote foi fruto de intenso trabalho da Comissão em cooperação com as autoridades nacionais e os empresários do setor, nos

---

competência específica da União no direito primário para a edição de medidas legislativas no setor de energia, sendo todas as Diretivas até então baseadas na regra geral de harmonização do mercado interno, conforme visto no capítulo primeiro deste trabalho.<sup>247</sup> Entretanto, todos os questionamentos desaguarão no Tribunal de Justiça da União Europeia, que deu guarida a essas iniciativas legislativas, levando a doutrina a afirmar que a Corte mais atuaria, no ponto, como motor da integração do que propriamente como um Tribunal. BAUR, Jürgen F., et. al. *Unbundling in der Energiewirtschaft*. Colônia: Carl-Heymanns, 2006. p. 12.

<sup>248</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/72/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE*. Jornal Oficial de 14.8.2009, L211/55.

<sup>249</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2008/92/CE que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e electricidade (reformulação)*. Jornal Oficial de 7.11.2008, L298/9.

<sup>250</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (CE) N.º 715/2009 relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1775/2005*. Jornal Oficial de 14.8.2009, L211/36.

<sup>251</sup> CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (CE) n.º 713/2009 que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia*. Jornal Oficial de 14.8.2009, L211/1.

fóruns referidos, além de análises específicas efetuadas no setor desde o ano de 2005, com resultados apresentados em 2007. Foi procedido, inicialmente, um amplo inquérito sobre as condições de concorrência no setor, conforme previsto no art. 17 do regulamento 1/2003, do qual se originou um relatório final dando conta da ausência de uma liberalização total efetiva e existência de barreiras à entrada de novos investidores em muitos países, com facilitação, de regra, para as empresas alemãs e francesas, em razão da sua já vista dominância percentual de mercado, além de um elevado grau de concentração no mercado<sup>252</sup>.

Dois outros documentos, na sequência, identificaram possíveis soluções, as quais seriam debatidas especialmente no âmbito do Parlamento Europeu, nomeadamente uma Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Janeiro de 2007, intitulada “Uma política energética para a Europa”<sup>253</sup> e uma Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de Janeiro de 2007, “Perspectivas do mercado interno do gás e da eletricidade”<sup>254</sup>. Todos os documentos foram publicados na mesma data, como um pacote de estudos e sugestões, que culminariam nas mudanças legislativas mais recentes.

Esses documentos, em especial o inquérito da Comissão Europeia, identificaram que, não obstante a liberalização do mercado interno de energia, subsistem obstáculos importantes à livre concorrência<sup>255</sup>. Identificando as deficiências, a Comissão colocou prioridade para alterações

---

<sup>252</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final.

<sup>253</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho Europeu: Perspectivas para o mercado interno do gás e da eletricidade*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 841 final.

<sup>254</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho Europeu: Uma política energética para a Europa*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2007) 1 final.

<sup>255</sup> Alguns identificados no inquérito foram aumentos significativos a nível dos preços grossistas da eletricidade que não podiam ser totalmente explicados pelos custos mais elevados dos combustíveis primários e pelas obrigações em matéria de proteção do ambiente, queixas persistentes sobre os obstáculos à entrada no mercado e possibilidades limitadas de os consumidores exercerem o seu direito de escolha quanto ao respectivo fornecedor foram alguns dos pontos investigados. COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final.

em quatro áreas, nomeadamente: (i) assegurar a separação efetiva das atividades de transporte e de distribuição; (2) preencher as lacunas regulamentares no que respeita às questões transfronteiriças; (3) abordar o problema da concentração do mercado e dos obstáculos à entrada neste; e (4) assegurar um reforço da transparência no funcionamento do mercado.

O novo pacote de medidas surgiu, então, com o objetivo, identificado nos trabalhos da Comissão, de estabelecer provisões concretas para garantir condições equitativas no mercado de energia, reduzir os riscos de dominação de mercados e comportamento predatório, garantir tarifas não discriminatórias de transmissão e distribuição e proteger os direitos dos consumidores, em especial daqueles vulneráveis<sup>256</sup>. Maior possibilidade de escolha, mais investimentos e mais segurança no setor energético eram ainda os principais pontos de preocupação identificados nos trabalhos prévios.

A terceira diretiva a estabelecer regras comuns para o mercado interno da eletricidade, a diretiva 2009/72/CE, então, voltou seu foco para a garantia do comércio, sem distorções de concorrência, intra-bloco, entre os Estados-Membros, com a livre escolha de fornecedores e comerciantes, o que ainda não se criara à data, e cujos benefícios se pretendia agregar ao mercado interno de energia em prol dos consumidores.

A diretiva identifica em seus considerandos algumas das principais dificuldades encontradas na implementação de um mercado interno da energia, principalmente a dificuldade de venda de energia elétrica em igualdade de condições e sem discriminação ou desvantagem, em toda a União, bem como a inexistência de uma supervisão reguladora suficiente e equivalente em todos os Estados-Membros<sup>257</sup>. Verificou-se, ainda, a inexistência de interligações transfronteiriças de redes suficientes a

---

<sup>256</sup> MAES, Tom. The Energy Regulators' Core Competence: Network Tariff Setting. In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 124.

<sup>257</sup> Considerando n. 4: "Contudo, presentemente, existem obstáculos à venda de eletricidade em igualdade de condições e sem discriminação ou desvantagem, em toda a Comunidade. Concretamente, não existe ainda um acesso não discriminatório à rede nem uma supervisão reguladora de eficácia equivalente em todos os Estados-Membros".

assegurarem a disponibilidade e o abastecimento de todas as fontes de energia a preços competitivos, além da capacidade de transmissão inadequada dos conectores existentes entre os Estados-Membros<sup>258</sup>.

Os Estados-Membros pequenos, mas não só estes, são particularmente dependentes da concorrência entre empresas estrangeiras para que seja possível aos seus consumidores se beneficiarem das vantagens da liberalização do setor. Dentre os países que mais importam energia está a Itália, cujas exportações são praticamente insignificantes (2.222 GWh) em face das importações (43.192GWh), que se aproximam da quantidade exportada pela França. Holanda, Portugal, Bélgica, Hungria e Croácia aparecem em seguida como grandes importadores<sup>259</sup>.

Ademais, foi destacada a impossibilidade de levar-se a efeito uma concorrência leal, com transparência e com ausência de discriminação no acesso a redes, sem a efetiva e total separação entre seus operadores e a atuação em outras atividades verticais anteriores ou posteriores (chamados mercado a jusante e mercado montante). As regras anteriores que impuseram a separação jurídica, somente, conforme se concluiu<sup>260</sup>, não conduziram a uma separação efetiva de interesses dos proprietários ou operadores de redes de transporte em relação a outras atividades eventualmente desempenhadas por

---

<sup>258</sup> Considerando n. 5: “A segurança do fornecimento de eletricidade reveste-se de importância vital para o desenvolvimento da sociedade europeia, para a aplicação de uma política sustentável em matéria de alterações climáticas e para fomentar a competitividade no mercado interno. Para esse efeito, deverá continuar a desenvolver-se as interligações transfronteiriças a fim de assegurar a disponibilidade e o abastecimento de todas as fontes de energia, ao preço mais competitivo possível, tanto a nível dos consumidores como da indústria na Comunidade”.

<sup>259</sup> EUROPEAN NETWORK OF TRANSMISSION SYSTEM OPERATORS FOR ELECTRICITY. *Memo 2012 – provisional values*. Abril de 2013. Disponível em <<https://www.entsoe.eu/publications/general-publications/memo-entso-e-facts-figures/>>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>260</sup> Nesse sentido considerando n. 11 da Diretiva 2009/72/CE: “A separação efetiva só poderá ser assegurada mediante a supressão do incentivo que se apresenta às empresas verticalmente integradas para discriminarem os concorrentes no acesso às redes e no investimento. A separação da propriedade, que implica a nomeação do proprietário da rede como operador da rede e a sua independência em relação a quaisquer interesses de comercialização e de produção, é claramente uma forma eficaz e estável de resolver o inerente conflito de interesses e garantir a segurança do fornecimento. Por este motivo, o Parlamento Europeu, na sua Resolução de 10 de Julho de 2007, sobre as perspectivas do mercado interno do gás e da eletricidade (JO C 175 E de 10.7.2008, p. 206) considerou que a separação da propriedade a nível do transporte constitui o meio mais eficaz de promover o investimento nas infra-estruturas de forma não discriminatória, o acesso equitativo à rede por parte dos novos operadores e a trans-parência do mercado”.

suas filiais. Concluiu-se, assim, que somente poderia ser assegurada a isonomia pela separação da propriedade dessas empresas<sup>261</sup>.

Esta terceira diretiva contendo regras ao setor de energia tinha por pretensão, portanto, afastar os problemas identificados pela Comissão, merecendo destaque, conforme visto, a sua investida no sentido de desverticalização das empresas do setor, inclusive para fins de redução do poder de mercado de muitas empresas tradicionais – causa de severas distorções à concorrência. Outras linhas gerais de alterações, ao lado desta, também se fizeram presentes e serão estudadas aprofundadamente na sequência, com destaque para (i) o aumento da independência e competência das agências reguladoras e (ii) o aumento das obrigações de serviço público, ou seja, de obrigações instituídas em favor dos usuários e da sociedade.

Relativamente às agências reguladoras, conforme já havia sido sugerido quando da promulgação do segundo pacote de medidas, passa a ser exigida a autonomia destas em relação aos governos dos Estados-Membros, culpando-se a relação de dependência daquela com esses pela corriqueira ausência de eficácia da regulação. Objeto de críticas era igualmente a insuficiência de competência e poderes das agências<sup>262</sup>, sendo suas competências expandidas em relação aos pacotes anteriores e focadas no

---

<sup>261</sup> Veja-se que esta medida, a despeito de extrema, foi também entendida necessária no setor de telecomunicações<sup>261</sup>, como forma única de suprimir-se o incentivo que se apresenta às empresas verticalmente integradas para discriminarem os concorrentes no acesso às redes e no investimento, não assegurado pela mera separação jurídica. Sobre a separação no setor de telecomunicações ver: MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. No mesmo sentido, Resolução do Parlamento Europeu clamando pela imposição da separação de propriedade: PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução de 10 de Julho de 2007 sobre as perspectivas do mercado interno do gás e da eletricidade (2007/2089(INI))*. Publicado no Jornal Oficial em 10.7.2008, C 175 E/206. O inquérito setorial confirmou, ademais, ser essencial resolver o conflito de interesse sistêmico inerente à integração vertical das atividades de distribuição e das redes, que se traduziu na ausência de investimento nas infraestruturas e em discriminação. COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final. p. 14.

<sup>262</sup> Conforme considerando n. 33 da diretiva 2009/72/CE. A doutrina já apontava o problema dessa vinculação das agências aos governos nacionais. Nesse sentido: EBERLEIN, Burkard. *Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market*. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 85.

controle da atuação das empresas para a garantia de um mercado competitivo no setor, conforme se verá.

Novamente a diretiva refere ser o cumprimento dos requisitos de serviço público uma exigência fundamental, com objetivo de se alcançar normas comuns nos Estados-Membros, no mais alto denominador possível, devendo o interesse dos consumidores “estar no cerne da diretiva”<sup>263</sup>. Torna-se obrigação dos Estados-Membros garantirem que os consumidores possuam acesso aos próprios dados de consumo, a preços associados e a custos dos serviços, para poderem comparar propostas entre concorrentes. Objetivo da diretiva é justamente garantir aos consumidores o pleno benefício do mercado interno liberalizado, ainda não verificado, como demonstrado nas investigações prévias<sup>264</sup>.

A diretiva, ainda em seus considerandos, refere como problema do mercado interno de energia elétrica a ausência de liquidez e transparência que dificulta a afetação eficiente dos recursos, a cobertura de riscos e novos ingressos nas atividades, reconhecendo-se necessário aumentar a confiança, a liquidez e o número de participantes deste mercado incipiente<sup>265</sup>. A questão das tarifas de acesso, transparentes e não discriminatórias é novamente objeto da diretiva, por ainda não terem sido logrado alcançá-las em muitos Estados-Membros, mormente em relação ao

---

<sup>263</sup> Considerando n. 51: “Os interesses dos consumidores deverão estar no cerne da presente diretiva e a qualidade do serviço deverá ser uma responsabilidade central das empresas de eletricidade. É necessário reforçar e garantir os direitos atuais dos consumidores, direitos esses que deverão incluir uma maior transparência. A proteção dos consumidores deverá assegurar que todos os consumidores na Comunidade em geral possam retirar benefícios de um mercado competitivo. Os direitos dos consumidores deverão ser aplicados pelos Estados-Membros, ou quando o Estado-Membro o tiver determinado, pelas entidades reguladoras”.

<sup>264</sup> Neste mesmo sentido reconhecimento do Parlamento Europeu, disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU\\_4.13.2.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_4.13.2.html)>. Consulta em 23/07/2013.

<sup>265</sup> Considerando n. 40: A Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia deve cooperar com o Comitê das Autoridades Reguladoras dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários para investigar e prestar consultoria sobre a questão das transações nos contratos de comercialização de eletricidade.

deslocamento transfronteiriço de energia. A este respeito, a Comissão, por oportunidade do inquérito<sup>266</sup>, identifica impor-se:

“(…) uma formação dos preços mais eficaz e transparente a fim de permitir aos consumidores tirar pleno partido da abertura do mercado. Muitos utilizadores depositam apenas uma confiança limitada nos mecanismos de formação dos preços, enquanto as tarifas de fornecimento regulamentadas fixadas a níveis inferiores aos preços de mercado desincentivam a entrada de novos operadores”.

Menciona-se, ademais, a pobreza energética como problema crescente, objetivando a diretiva a proteção, então, especialmente, dos clientes vulneráveis<sup>267</sup>, pelo que impõe aos Estados-Membros o desenvolvimento das redes e o investimento em novas fontes de energia elétrica. No tocante à atividade de produção, a diretiva outra vez busca incentivar novos produtores, proibindo que os Estados-Membros imponham, para o procedimento de autorização, uma carga administrativa desproporcional à dimensão e ao impacto potencial do produtor de energia elétrica, a fim de que esta não se constitua em obstáculo à entrada de novos produtores, tão desejada e potencialmente benéfica em termos de concorrência.

O desenvolvimento do mercado interno através de uma rede interligada na União, com a regulação das ligações transfronteiriças, passa a ser o ponto principal a ser concretizado. Conforme identificado no inquérito setorial, as vendas transfronteiriças não representavam até então uma pressão concorrencial significativa, sendo que os operadores históricos permaneciam

---

<sup>266</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final.

<sup>267</sup> Esta terceira diretiva obrigou os Estados-Membros a definirem um conceito de consumidores vulneráveis, conforme se lê do artigo 3º, n. 7: “Cada Estado-Membro define o conceito de clientes vulneráveis, que poderá referir-se à pobreza energética e, entre outros, à proibição do corte da ligação desses clientes em momentos críticos.” Embora haja esta obrigação no sentido de proteger-se os consumidores, a diretiva ainda deixa uma larga margem de discricionariedade aos Estados-Membros, sendo que somente se vislumbra possível uma intervenção da Comissão em caso claro de o Estado-Membro desrespeitar essa determinação, como não estabelecer qualquer definição ou um que fuja manifestamente à razoabilidade e função da norma, sendo neste caso o (pesado) ônus da prova da Comissão. DERUYTTER, Thomas; GELDHOF, Wouter, VANDENDRIESSCHE, Frederik. *Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets*. In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 72.

em sua posição de exclusividade, o que representava um entrave à integração dos mercados. Além do problema concorrencial, o documento igualmente identifica ser o então nível de capacidade de interligação insuficiente para permitir uma efetiva concorrência entre fronteiras. As questões regulamentares em matéria de interligações transfronteiriças e mercados regionais, que haviam sido relegadas a um segundo plano nas diretivas anteriores, tornam-se uma das principais tarefas a serem asseguradas pelas entidades reguladoras.

Esta última diretiva a estabelecer regras comuns na União Europeia sobre o mercado de energia elétrica constitui-se em novo marco regulatório e eleva a um novo nível a regulação na matéria. Isto porque, diferentemente das demais suas predecessoras, a diretiva 2009/72/CE traz uma detalhada e extensa regulação das diversas atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização. A abrangência das normas constantes deste novo instrumento legislativo tem como efeito reduzir a discricionariedade dos Estados-Membros em sua internalização e busca, assim, mais uniformidade do trato da matéria, minimizando-se as disparidades de regulamentação nos diversos Estados-Membros, sempre antes apontada como um empecilho à concretização do mercado interno de energia<sup>268</sup>.

Resta evidente desta última legislação a crescente preocupação com a sustentabilidade, o meio ambiente e a busca por novas fontes de energia, para reduzir-se a dependência de países terceiros, ainda crescente. Mesmo que não tenha se verificado redução significativa no preço da energia no bloco aos consumidores, pretende-se a harmonização das normas de proteção ambiental e de sustentabilidade (com planejamento de investimentos a longo prazo) em um patamar mais elevado do que o exigido até então, como um dos principais produtos positivos do processo de liberalização.

---

<sup>268</sup> KLOTZ, Robert. Applicability of the European Competition Law to Special Areas. In: SCHRÖTER, Helmut; et. al. (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1355.

A segunda e terceiras diretivas impuseram, conforme visto, uma multiplicidade de obrigações de serviço público<sup>269</sup> a serem implementadas pelos Estados-Membros, deixando-se, para tanto, menor medida de discricionariedade ao legislador nacional sobre como proceder esta implementação<sup>270</sup>. Conforme já era identificado na segunda fase da liberalização, os objetivos não diretamente ligados à concorrência ganham crescente importância, mesmo em detrimento da redução de preços. A compensação financeira para o cumprimento de obrigações de serviços públicos pelas empresas de energia não é regulada expressamente em nenhum dos pacotes legislativos, referindo apenas que a compensação deve existir e ser efetuada de maneira transparente<sup>271</sup> e não discriminatória<sup>272</sup>.

A terceira diretiva mantém a obrigação de universalidade, possibilitando ainda aos Estados-Membros designarem um comercializador de último recurso, além de lhes ser obrigatório imporem às empresas de

---

<sup>269</sup> Desde as primeiras diretivas, a doutrina majoritária, suportada igualmente pela Comissão Europeia, defende serem as obrigações de serviço público descritas nas diretivas exaustivas, excluindo a possibilidade de os Estados-Membros imporem outras obrigações, com fundamento no artigo 106, n. 2, TFUE, sob o rótulo de “interesse econômico geral”. DERUYTTER, Thomas; GELDHOF, Wouter, VANDENDRIESSCHE, Frederik. Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets. *In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). EU energy law and policy issues. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 79.* Extrai-se o mesmo posicionamento da Comissão Europeia da Comunicação da Comissão para o Conselho e Parlamento Europeus: Estado da liberalização dos mercados de energia. COM (1998) 212 final, de 7 de abril de 1998.

<sup>270</sup> DERUYTTER, Thomas; GELDHOF, Wouter, VANDENDRIESSCHE, Frederik. Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets. *In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). EU energy law and policy issues. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 67.*

<sup>271</sup> Conforme regulado pelo Tribunal Europeu, no caso *Altmark*, estudado no capítulo primeiro, esta compensação paga pelas obrigações de serviço público não se constitui em ajuda estatal nos termos do artigo 107 TFUE, não havendo necessidade de ser comunicada à Comissão, se preenchidos os critérios de obrigação do serviço público e esta compensação não exceder o necessário para cobrir seus custos. CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 27. Processo C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, n.os 87 a 93. Sobre estas condições e a possibilidade de compensação pelos Estados-Membros em atenção ao direito comunitário, a Comissão publicou em 2005 um trabalho sobre ajudar estatais em forma de compensação de serviços públicos: COMISSÃO EUROPEIA. *Community framework for State aid in the form of public service compensation*, C297/4, Jornal Oficial de 29.11.2005. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:297:0004:0007:EN:PDF>>. Consulta em 15 de junho de 2013. Esta questão, nos setores de telecomunicações e correios, é tratada de modo muito mais detalhado do que em relação ao setor de energia. DERUYTTER, Thomas; *et. al., op. cit.* p. 92.

<sup>272</sup> A única exceção a um processo licitatório para a imposição de uma obrigação de serviço público específica, no entendimento da Comissão, seria para a outorga desta obrigação a um operador do rede de transmissão, em razão do seu monopólio. DERUYTTER, Thomas; *et. al., op. cit.* p.90.

distribuição a obrigação de ligarem os clientes às respectivas redes, de acordo com as tarifas previamente estabelecidas ou aprovadas pela regulação. Reforça que o nível de proteção aos clientes de energia deve ser elevado<sup>273</sup>, especialmente no que se refere à transparência<sup>274</sup>, às condições contratuais<sup>275</sup>, e aos mecanismos de solução extrajudicial de litígios, através da criação de um organismo independente de defesa do consumidor de energia<sup>276</sup>.

No tocante à segurança do fornecimento, torna-se obrigação dos Estados-Membros assegurarem a monitorização do setor, buscando um

---

<sup>273</sup> A diretiva determina a obrigação de os Estados-Membros garantirem, com o objetivo de promover a concorrência no mercado interno da eletricidade, que os grandes consumidores não domésticos tenham a possibilidade de escolher os comerciantes e de celebrar contratos com vários para cobrir as suas necessidades em energia, protegendo-os, outrossim, relativamente a cláusulas de exclusividade dos contratos que tenham por efeito excluir ofertas concorrentes ou complementares. As agências reguladoras ou os próprios Estados-Membros deverão encorajar o desenvolvimento de contratos de fornecimento interruptíveis. Os Estados-Membros devem ademais garantir que todos os clientes tenham direito ao fornecimento de eletricidade por um comercializador, com o consentimento deste, independentemente do Estado-Membro em que está registrado, desde que este cumpra as regras de comércio e de compensação aplicáveis. Conforme a legislação anterior, até o ano de 2007 deveriam restar abrangidos pelo conceito de 'cliente elegível' (aquele que pode escolher o seu comercializador) todos os clientes, domésticos e não domésticos. Assim, à época da promulgação desta terceira diretiva já deveria estar assegurado a todos que pudessem mudar facilmente de comercializador, efetivamente. Entretanto, além da deficitária implementação dessas normas, na prática foi identificado pela Comissão, no inquérito realizado no setor, ser a concorrência a nível retalhista frequentemente limitada, em favor dos operadores históricos de cada país. Assim, a despeito da liberdade jurídica prevista, na prática o número de propostas comerciais que os clientes recebem é insatisfatório, especialmente naqueles Estados-Membros caracterizados por alto grau de concentração no setor.

<sup>274</sup> Artigo 3º n. 9. Os Estados-Membros devem assegurar que, nas facturas e em todo o material promocional posto à disposição dos clientes finais, os comercializadores de eletricidade especifiquem: (a) a contribuição de cada fonte de energia para a estrutura global de combustíveis do comercializador no ano anterior, de forma compreensível e, a nível nacional, claramente comparável; (b) pelo menos a referência das fontes de consulta existentes, como, por exemplo, páginas Internet, em que são facultadas ao público informações sobre o impacto ambiental, no mínimo em termos de emissões de CO2 e de resíduos radioativos resultantes da eletricidade produzida pela estrutura global das diversas fontes de energia utilizadas pelo comercializador no ano anterior; (c) informações respeitantes aos seus direitos no que se refere aos meios de resolução de litígios disponíveis. A entidade reguladora competente deve fiscalizar e garantir a fiabilidade dessas informações. Além disso, o artigo 3º n. 11 determina que os Estados-Membros criem balcões únicos onde sejam colocadas à disposição dos consumidores todas as informações necessárias sobre seus direitos.

<sup>275</sup> No tocante à escolha pelos consumidores dos comercializadores de energia, é imposto aos Estados-Membros assegurarem que os clientes tenham direito de obter todos os dados relevantes sobre o seu consumo, e que sempre que um cliente queria mudar de fornecedor, respeitando-se as condições contratuais, a mudança seja efetuada no prazo de três semanas; ambos os direitos devem ser garantidos sem discriminação em termos de custos, esforço e tempo (artigo 3º, n. 5).

<sup>276</sup> Artigo 3º n. 13. Os Estados-Membros devem assegurar a criação de um mecanismo independente, como um provedor para a energia ou um organismo de defesa do consumidor, para o tratamento eficiente das reclamações e a resolução extrajudicial de litígios.

equilíbrio entre a oferta e a procura no mercado nacional, e o seu desenvolvimento de medidas para fazer frente aos picos de procura e falhas de um ou mais comercializadores<sup>277</sup>. As entidades reguladoras devem ter a competência para definir e publicar critérios técnicos em matéria de ligação de redes e interoperabilidade delas.

As diversas atividades envolvidas no mercado de energia elétrica são tratadas em capítulos próprios na diretiva, a partir do capítulo três, que se ocupa da atividade de produção de energia<sup>278</sup>, somente. As atividades de exploração de rede de transporte e a do operador de rede de transporte independente são tratadas em capítulos diversos, pela importância que assume a sua regulação na presente diretiva que, conforme já referido, determina a separação de propriedade da empresa exploradora da rede de transporte relativamente à empresas verticalmente integradas.

Esta mais recente diretiva, ao contrário das demais, faz pela primeira vez diferenciação entre o regime jurídico aplicável às redes de transporte e às redes de distribuição, com exigências de separação mais rígidas em relação às primeiras. Segundo consta dos considerandos da própria diretiva, tal diferenciação se justificaria pela menor possibilidade de discriminação em relação ao acesso e ao investimento de terceiros a nível de distribuição do que a nível de transporte, sendo neste último o congestionamento e a influência dos interesses de produção, em geral, maiores<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> Em termos de oferta e demanda a nível unional, os Estados-Membros são instados a assegurar que os operadores da rede de transporte tenham uma ou mais redes integradas a nível regional, que cubram dois ou mais Estados-Membros, para a atribuição de capacidade e para o controle da segurança da rede (artigo 6º, n. 3).

<sup>278</sup> No tocante à produção, mantém-se como prioritário o procedimento de autorização para construção de novas capacidades já elegido na segunda diretiva, inclusive para produção descentralizada e em pequena escala. Em sendo insuficiente o sistema de autorizações, em termos de medidas de gestão/eficiência energética, podem ser abertos concursos para a criação de novas capacidades, com garantias de longo prazo, competitórios esses que devem ser supervisionados, em cada Estado-Membro, por uma entidade designada independente das atividades do setor de energia (art. 8º, n. 5).

<sup>279</sup> Não consta da referida diretiva, em relação às redes de distribuição ou operadores de rede de distribuição, a obrigação de separação de propriedade, mantendo-se tão somente as obrigações de separação jurídica constantes da diretiva anterior, e fazendo-se a ressalva de que os efeitos nesse mercado ainda seriam acompanhados, devendo os operadores dessas redes serem supervisionados de perto para que não se aproveitem da integração vertical para

No tocante à exploração da rede de transporte, a norma constante do artigo 9º, extensa e detalhada, é central na diretiva e discorre sobre a tão adiada obrigação de separação entre as redes de transporte e as empresas que exerçam atividades de produção ou comercialização, estabelecendo para as devidas providências o prazo de março de 2012<sup>280</sup>. Ressalva, a diretiva, porém, a possibilidade de os Estados-Membros permitirem derrogações às normas de separação até março de 2013, desde que os operadores de redes de transporte não façam parte de empresas verticalmente integradas.

Essa separação da propriedade passa a implicar, para os Estados-Membros, que garantam que, dentro do seu território, a(s) mesma(s) pessoa(s) não seja(m) autorizada(s) a exercer controle sobre uma empresa de produção ou de comercialização, ao mesmo tempo em que exerce controle ou direitos sobre um operador de rede de transporte ou uma rede de transporte. Reciprocamente, o controle sobre uma rede de transporte ou operador de rede de transporte veda a possibilidade de exercício de controle ou de direitos sobre

---

cometerem abusos concorrenciais, mormente em relação a clientes domésticos e pequenos clientes não domésticos. Considerando n. 26: “A possibilidade de discriminação no que respeita ao acesso e ao investimento de terceiros é, porém, menos significativa a nível da distribuição do que a nível do transporte, no qual o congestionamento e a influência dos interesses de produção são em geral maiores do que a nível da distribuição”.

<sup>280</sup> Para possibilitar-se uma transição mais suave para esse novo modelo de mercado, a diretiva sugere possibilitar-se às empresas verticalmente integradas que mantenham a propriedade de ativos na rede mediante a criação de um operador de rede ou de um operador de transporte independente dos interesses de comercialização e produção, com a condição de este operador independente desempenhar todas as funções de um operador de rede e serem instituídos mecanismos de regulação e supervisão abrangentes. Neste caso, o operador deve, além de cumprir os requisitos de independência, inclusive a ausência de qualquer forma de participação direta ou indireta de outras empresas de produção ou comercialização no capital social, provar que dispõe dos meios financeiros e recursos técnicos e humanos, além de cumprir um plano decenal de desenvolvimento da rede. Art. 17, n. 1: “Os operadores das redes de transporte devem dispor de todos os recursos humanos, técnicos, materiais e financeiros necessários ao cumprimento das suas obrigações nos termos da presente diretiva e ao exercício da atividade de transporte de eletricidade, em especial: (a) Os ativos necessários à atividade de transporte de eletricidade, incluindo a rede de transporte, são propriedade do operador da rede de transporte; (b) O pessoal necessário à atividade de transporte de eletricidade, incluindo o desempenho de todas as funções empresariais, é empregado pelo operador da rede de transporte; (...). Entretanto, os Estados-Membros têm o direito de optarem pela plena separação da propriedade em seu território, o que retiraria o direito das empresas de criarem um operador independente de rede ou de transporte”.

uma empresa de produção ou de comercialização. Assim, demanda-se uma completa reestruturação das empresas antes verticalmente integradas<sup>281</sup>.

Até o prazo de 2013, portanto, os Estados-Membros deveriam assegurar que cada empresa proprietária de uma rede de transporte agisse como operador da rede<sup>282</sup>, e que a mesma pessoa ou pessoas não pudessem, direta ou indiretamente, exercer o controle sobre uma empresa de produção ou comercialização e, ao mesmo tempo, direta ou indiretamente, exercer controle ou direitos<sup>283</sup> sobre um operador de rede de transporte ou uma rede de transporte. Esta independência do operador de rede deverá garantir, portanto, que não seja exercida nenhuma atividade de gestão que permita o acesso às mesmas informações que poderiam ter sido obtidas numa posição de chefia<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> Consoante o considerando 11 da Diretiva 2009/72/CE, dentro destes limites, uma empresa de produção ou de comercialização poderá deter uma participação minoritária num operador de rede de transporte ou numa rede de transporte.

<sup>282</sup> Art. 9º, n. 5: Esta obrigação considera-se cumprida sempre que duas ou mais empresas proprietárias de redes de transporte criem uma empresa comum que opere em dois ou mais Estados-Membros como operador dessas redes de transporte.

<sup>283</sup> A separação prevista da última diretiva, por conseguinte, não se restringe ao controle acionário. Indo além, devem os Estados-Membros estabelecerem em seu território a proibição de que a mesma pessoa seja membro do conselho de administração de um operador de rede de transporte ou de uma rede de transporte e, simultaneamente, de uma empresa que exerça atividades de produção ou comercialização, ou mesmo que uma mesma pessoa nomeie os membros do Conselho de administração de um operador de rede de transporte ou de uma rede de transporte e exerça controle ou direitos sobre uma empresa de produção ou comercialização. Segundo consta do art. 9º, n. 2, os direitos incluem, em particular (a) O poder de exercer direitos de voto; (b) O poder de designar membros do órgão de fiscalização, do órgão de administração ou dos órgãos que representam legalmente a empresa; ou (c) A detenção da maioria do capital social. No caso de as pessoas referidas serem de direito público, a criação de dois organismos públicos independentes que exerçam, um, um controle sobre rede de transporte ou operador de rede de transporte, e, dois, atividades de comercialização ou produção, estes requisitos consideram-se cumpridos, conforme artigo 9º, n. 6.

<sup>284</sup> Ainda, porém, que haja sido designado operador independente para cuidar do transporte na rede, o proprietário da rede que faça parte de empresa verticalmente integrada deve ser juridicamente independente, e em termos de organização e tomada de decisões, das outras atividades não relacionadas com a atividade de transporte. Ademais, os sistemas informáticos, serviços jurídicos, instalações materiais, consultores de sistemas não podem ser compartilhados, e a contabilidade dos operadores deve ser realizada por auditor distinto do que realiza a contabilidade da empresa verticalmente integrada. (art. 14, n. 1) O operador da rede de transporte deve ter um órgão de fiscalização, composto por representantes da empresa verticalmente integrada, por representantes de acionistas de terceiros e, quando a legislação aplicável do Estado-Membro o determinar, por representantes de outros interessados, como os empregados do operador da rede de transporte, que fica incumbido de tomar decisões que possam ter um impacto significativo no valor dos ativos dos acionistas do operador da rede de transporte, excluindo-se de sua alçada as atividades diárias. Este órgão também é responsável por verificar a conformidade da atuação do operador com programa – elaborado pelo operador e aprovado - que enuncie medidas para garantir a exclusão de comportamentos discriminatórios (art. 20, n. 2).

Para atuarem como operadores de rede de transporte<sup>285</sup>, ainda que proprietárias, as empresas precisam ser certificadas pela entidade reguladora nacional<sup>286</sup>, a qual comunicará a Comissão a sua decisão; caso a certificação seja pedida por um proprietário de rede de transporte controlado por empresa de pessoa ou país terceiro, a Comissão será comunicada imediatamente. No caso de proprietário oriundo de país terceiro, a certificação poderá ser negada se puser em risco a segurança do fornecimento do Estado-Membro e da União, considerando-se as circunstâncias do caso e do país em causa e os direitos e as obrigações da União em relação ao país ou países terceiros à luz do direito internacional público.

A maioria dos países atualmente possui apenas um operador de redes de transporte, de propriedade total do Estado<sup>287</sup>. Até o presente momento, apenas Alemanha e Holanda possuem dois operadores que respeitam já as regras de separação de propriedade, enquanto países como

---

<sup>285</sup> As funções dos operadores de rede de transporte são definidas nos artigos 12 e 17, tendo-se entre as mais importantes a gerência de fluxos de eletricidade na rede, inclusive com outras redes interligadas e assegurar que não haja discriminação entre os utilizadores da rede; a concessão de acesso a terceiros e a gestão desse acesso de forma não discriminatória entre os utilizadores ou categorias de utilizadores da rede; e cobrança das taxas relativas à rede de transporte. Além disso, o operador da rede de transporte elabora e publica procedimentos transparentes e eficientes para a ligação não discriminatória de novas centrais elétricas à rede de transporte, não podendo recusar a ligação sob a alegação de problemas futuros de congestionamento na rede ou custos adicionais de investimentos.

<sup>286</sup> O proprietário da rede, após designado o operador, deve prestar a cooperação e o apoio necessários para que este possa se desincumbir de suas obrigações, além de financiar os investimentos decididos pelo operador e aprovados pela entidade reguladora (art. 18, n. 7). Os operadores de rede de transporte apresentam anualmente à entidade reguladora um plano decenal de desenvolvimento da rede baseado na oferta e na procura atual e prevista, após consulta a todos os interessados. Art. 22, 7. Nos casos em que o operador da rede de transporte, exceto por razões imperiosas independentes da sua vontade, não realize um investimento que, de acordo com o plano decenal de desenvolvimento da rede, deveria ser realizado nos três anos seguintes, os Estados-Membros devem assegurar que a entidade reguladora seja obrigada a tomar pelo menos uma das seguintes medidas para garantir que o investimento em causa seja realizado se for ainda pertinente com base no mais recente plano decenal de desenvolvimento da rede: (a) Instar o operador da rede de transporte a realizar os investimentos em questão, (b) Organizar um concurso aberto a todos os investidores para o investimento em questão; ou (c) Obrigar o operador da rede de transporte a aceitar um aumento de capital para financiar os investimentos necessários e a permitir que investidores independentes participem no capital.

<sup>287</sup> Neste modelo: Bulgária, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Holanda, Eslovênia, Eslováquia, Suécia, e Lituânia, esta última com 97,5 do capital de titularidade Estatal. Fonte:

Áustria e França não dispõem de nenhum transportador que já se qualifique conforme as novas regras<sup>288</sup>.

No direito brasileiro, a legislação atual exige apenas – ainda – a separação jurídica das empresas atuantes do setor de distribuição, que não poderão atuar nas demais atividades (geração, transmissão ou comercialização) ou participar em outras sociedades de forma direta ou indireta<sup>289</sup>. O foco da desverticalização na atividade de distribuição, no cenário nacional, se deve ao fato de a atividade de transmissão ser diretamente controlada e ter seu acesso e suas tarifas regulados pelo Operador Nacional do Sistema. Assim, as atividades de geração e transmissão permanecem intimamente ligadas<sup>290</sup>, tendo em regra as mesmas concessionárias (são 104 as transmissoras de energia atualmente listadas pelo ONS)<sup>291</sup>.

Diferentemente, nada obstante a importância da fase da distribuição para a operação do setor elétrico, ela não é “operada”, no sentido técnico que este termo assumiu na literatura especializada. Isso quer significar

<sup>288</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document SWD (2012) 368 final of 15 November 2012 accompanying the Communication ‘Making the internal energy market work’ (COM(2012) 663 final)*. p. 43. Disponível em <[http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/doc/20121217\\_energy\\_market\\_2011\\_lr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/20121217_energy_market_2011_lr_en.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>289</sup> Nestes termos o § 5º do artigo 4º da Lei 9.074/95: “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.”

<sup>290</sup> Dada a configuração do sistema hidrelétrico brasileiro, em que as usinas possuem uma integração “natural” em vista da conformação da rede fluvial, se diz no Brasil a transmissão de energia não tem apenas a função de ligar a usina ao centro de consumo (ou à rede de distribuição) com um mínimo de perdas elétricas, mas que ela realiza uma tarefa energeticamente estratégica, qual seja, a de integrar unidades de geração de energia elétrica submetidas a diferentes condições de operação (em função de diversidades climáticas, hidrológicas, de acessibilidade de combustível, de situação técnica etc.), para o melhor aproveitamento possível de todas as potencialidades do sistema. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>291</sup> Conforme dados do Operador Nacional do Sistema. Fonte: <[http://www.ons.org.br/institucional/agentes\\_transmissao.aspx](http://www.ons.org.br/institucional/agentes_transmissao.aspx)>. Consulta em 04/02/2014.

que a atividade de distribuição, conquanto dependente das fases anteriores e ao mesmo tempo relevante para a determinação delas, é submetida a um controle e planejamento diverso, a cargo de cada uma das empresas distribuidoras, por faltar-lhe “relevância sistêmica”<sup>292</sup>.

Atualmente, o Operador Nacional do Sistema lista 41 empresas distribuidoras atuando no Brasil, em sua maioria pertencentes a oito grupos econômicos, nomeadamente, Rede Energia, Energisa, Endesa, EDP, CPFL, NeoENERgia, AES, CEMIG e o Grupo Eletrobras<sup>293</sup>. Muito embora existam empresas distribuidoras controladas por investidores privados, principalmente estrangeiros, como é o caso da CEB (Companhia Energética de Brasília), que tem 69,1% de seu capital controlado pela empresa francesa GdF<sup>294</sup>, a maioria das distribuidoras são controladas por governos estaduais, tendo novamente nessa atividade o grupo Eletrobras participação significativa. Mesmo a empresa Light S/A, uma das primeiras e mais importantes privatizações do setor elétrico brasileiro<sup>295</sup>, retornou recentemente ao controle estatal, através da Companhia Energética de Minas Gerais<sup>296</sup>.

Conforme se vê, a separação exigida para a atividade de distribuição é meramente jurídica (porquanto não veda o compartilhamento de acionistas e controladores), e não de propriedade, tendo por consequência,

<sup>292</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em < <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>293</sup> DANNA, Daniel. *Perspectives of mergers and acquisitions in electrical energy distribution companies*. Publicado no âmbito do Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2010. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>294</sup> Fonte: <<http://www.ceb.com.br/index.php/empresas-ceb/eficiencia-energetica>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>295</sup> A Light foi privatizada pelo programa federal de desestatização através de leilão na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em 21 de maio de 1996, onde os compradores da empresa foram as empresas/consórcios: (i) Rio Minas Energia Participações S.A. (RME) composta pela Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig), Andrade Gutierrez Concessões S.A. (AG Concessões), Pactual Energia Participações S.A. (Pactual Energia) e Luce Brasil Fundo de Investimentos em Participações (Luce); (ii) AES Corporation, Reliant Energy e Companhia Siderúrgica Nacional; (iii) EDF International, vinculada à empresa francesa Electricité de France - (EDF). Estas empresas passaram a controlar cerca de oitenta por cento do capital da Light Rio, sendo os outros 20,6 por cento pertencentes a acionistas minoritários. Em fevereiro de 2002, foi concluído o processo de reestruturação societária, consolidando a EDF como principal acionista/acionista controladora da Light. Fonte: <<http://conexaolight.com.br/category/por-dentro-da-light/>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>296</sup> Fonte: [http://www.cemig.com.br/pt-br/a\\_cemig/nosso\\_grupo/Paginas/Light.aspx](http://www.cemig.com.br/pt-br/a_cemig/nosso_grupo/Paginas/Light.aspx).

justamente como vislumbrado no bloco, um controle das diversas atividades por grupos econômicos (no caso do Brasil, formados em sua maioria por empresas estatais), dificultando a concorrência. Muito embora tenham sido criadas empresas diversas para atuar no âmbito da geração/transmissão e distribuição<sup>297</sup>, tendo estas os mesmos acionistas e pertencendo ao mesmo grupo, torna-se difícil vislumbrar uma separação de sua atuação e de suas políticas econômicas. Assim, o objetivo da norma, de evitar a cooperação entre empresas de ramos de atividades diversos, não é plenamente alcançado.

Destaque merece, neste ponto, o dispositivo da diretiva unional que determina a ausência de discriminação, na concretização da separação efetiva, entre os setores público e privado, podendo, os Estados-Membros, instituírem dois organismos públicos para controlar as atividades de comercialização e transporte tão somente se puderem demonstrar a efetiva separação entre ambos, *verbis*:

“A concretização de uma separação efetiva deverá respeitar o princípio da não discriminação entre os setores público e privado. Para o efeito, a mesma pessoa não poderá ter a possibilidade de, individual ou conjuntamente, exercer controle ou qualquer direito, em violação das regras de separação de propriedade ou da alternativa do operador independente de rede na composição, na votação ou na decisão dos órgãos dos operadores das redes de transporte ou das redes de transporte e, simultaneamente, das empresas de produção ou de comercialização. No que diz respeito à separação da propriedade e à alternativa do operador independente de rede, desde que o Estado-Membro em questão possa demonstrar que este requisito é cumprido, dois organismos públicos separados deverão poder controlar, por um lado, as atividades de produção e comercialização e, por outro, as atividades de transporte”<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> Como exemplos de empresas que já procederam à desverticalização pode-se citar a Light Energia S/A e a Light Serviços de Electricidade S/A, a CEEE GT e CEEE Dist, a CELG GT e a CELG Dist, A Copel TRA e a Copel Dist, A CPFL Transmissão e a CPFL. Fonte: <[www.ons.org.br](http://www.ons.org.br)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>298</sup> Considerando n. 23 da Diretiva 2009/72/CE. Este requisito de separação, pelo objetivo de incentivar a concorrência que lhe é inerente, se aplica tanto a empresas comunitárias quanto a empresas de países terceiros, as quais somente poderão ser autorizadas a controlar uma rede de transporte ou um operador de rede de transporte se satisfizerem os requisitos de separação efetiva nos termos da diretiva.

Assim, deve-se observar nos próximos anos se essa medida de desverticalização nas propriedades imposta pelo direito unional foi capaz de assegurar maior concorrência no setor. Em sendo afirmativa a resposta, ter-se-á um modelo possível de ser trazido para o direito brasileiro nas regras referidas, considerando-se que a existência de grupos concentrados de controle (especialmente quando controlados pelo Poder Público) dificulta ou desencoraja investimentos privados de menor porte.

Conforme já referido anteriormente, houve a deliberação, no momento de redigir-se a terceira diretiva, no sentido de não se ver necessidade, à data, de obrigação de separação da propriedade das empresas responsáveis pelas redes de distribuição<sup>299</sup>, diferenciando-as das redes de transporte. Assim, no caso de o operador da rede de distribuição fazer parte de uma empresa verticalmente integrada, há a obrigação de este ser independente, pelo menos em termos de forma jurídica, organização e tomada de decisões, de outras atividades não relacionadas com a distribuição<sup>300</sup>. Entretanto, não cria a diretiva uma obrigação de separar da empresa verticalmente integrada a propriedade dos ativos da rede de distribuição<sup>301</sup>. No tocante ao acesso de terceiros à rede, são mantidas as regras já estabelecidas pela legislação anterior.

---

<sup>299</sup> Nos termos da diretiva, os Estados-Membros devem designar, ou solicitar às empresas proprietárias ou responsáveis por redes de distribuição que designem, por um período determinado, o operador ou operadores das redes de distribuição, que serão responsáveis por assegurar a capacidade da rede, a longo prazo, para atender a pedidos razoáveis de distribuição de eletricidade, explorar, manter e desenvolver, em condições economicamente viáveis, uma rede de distribuição de eletricidade segura, fiável e eficiente na área em que opera, respeitando devidamente o ambiente, bem como a eficiência energética, e evitando qualquer forma de discriminação no uso da rede (art. 25).

<sup>300</sup> Art. 26, n. 2, letra c. O operador da rede de distribuição tem de dispor de poder de decisão efetivo e independente da empresa de eletricidade integrada no que respeita aos ativos necessários para explorar, manter ou desenvolver a rede.

<sup>301</sup> Se o operador da rede de distribuição fizer parte de uma empresa verticalmente integrada, os Estados-Membros devem assegurar que as suas atividades sejam fiscalizadas pelas entidades reguladoras, de modo a evitar distorções à concorrência, por abuso de sua posição dominante. Essas obrigações de independência podem ser relevadas pelos Estados-Membros para pequenas empresas de eletricidade integradas que abasteçam menos de 100.000 clientes ou pequenas redes isoladas. Art. 26, n. 4. Os Estados-Membros podem classificar como rede de distribuição fechada uma rede que distribua eletricidade no interior de um sítio industrial, comercial ou de serviços partilhados, geograficamente circunscrito, e que não abasteça clientes domésticos, caso em que o operador pode ser isento de do requisito de se abastecer da energia que utiliza para cobrir perdas de energia e de manter uma capacidade de reserva na sua rede, e do requisito de assegurar que as tarifas ou os métodos de cálculo destas sejam aprovados antes da sua entrada em vigor.

Uma mudança significativa foi trazida pela a diretiva na disciplina das agências reguladoras, a qual reflete preocupações recorrentes também no cenário brasileiro<sup>302</sup>. Neste ponto, importantes lições podem ser extraídas do direito unional.

A diretiva especifica, no seu artigo 35, que cada Estado-Membro deve designar apenas uma única entidade reguladora nacional, para efeitos de representação e de contato a nível comunitário na Agência para Cooperação de Reguladores de Energia (ACER)<sup>303</sup>. Esta agência nacional designada deve ser juridicamente distinta e funcionalmente independente de qualquer outra entidade pública ou privada, e exercer suas funções de modo absolutamente imparcial e independente de qualquer interesse de mercado. Deve, ademais, ser gerida por pessoas que não solicitem nem recebam instruções diretas de qualquer entidade governamental ou outra, pública ou privada, no desempenho das funções reguladoras. Igualmente, não podem mais essas funções ser exercidas pela autoridade de concorrência<sup>304</sup>.

As agências passam a ter novas características, não presentes nos instrumentos legislativos até então, nomeadamente a unicidade e a

---

<sup>302</sup> A independência das agências é apontada como ponto fundamental para a confiança dos investidores, razão pela qual é constantemente reforçada no direito unional. Já no cenário brasileiro, a atual Administração Federal supervaloriza o planejamento e a definição de políticas pelo Ministério de Minas e Energia, deixando a regulação pela ANEEL em uma posição secundária, alterando neste ponto, novamente, o modelo implementado pela Administração anterior. As visões contrastantes entre governo e oposição no tocante à autonomia das agências reguladoras representam novamente uma fonte de incertezas para as empresas do setor. LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>303</sup> Parte do terceiro de pacotes de medidas para a liberalização do setor, o regulamento (CE) n. 713/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, estabeleceu a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, com objetivo de assistir as entidades reguladoras nacionais no exercício das funções de regulação e, se necessário, de coordenar sua atuação, emitindo pareceres, recomendações ou decisões individuais. Os membros desta Agência são nomeados parcialmente pela Comissão e parcialmente pelo Parlamento e Conselho (artigo 3º). A Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, embora composta dos dirigentes das agências nacionais, e ainda que atuando em estreita cooperação com a Comissão no desenvolvimento de diretrizes e esquemas para o setor, tem apenas um papel consultivo (artigo 1º n. 2).

<sup>304</sup> MAES, Tom. *The Energy Regulators' Core Competence: Network Tariff Setting*. In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012, 124.

independência<sup>305</sup>. O cerne da competência das entidades reguladoras toca os termos e as condições para (i) a conexão e o acesso às redes sem discriminação e (ii) o cálculo e a fixação das tarifas de acesso. Devem, para tanto, sempre considerar a questão dos incentivos às empresas envolvidas, no sentido de promover eficiência e encorajar investimentos<sup>306</sup>. As entidades reguladoras têm suas principais obrigações definidas pela diretiva, que se estendem por mais de quarenta tópicos<sup>307</sup>. Considerada como sua tarefa

---

<sup>305</sup> Em julgamento de 29 de outubro de 2009, o Tribunal Europeu determinou que entregar a outra autoridade que não a entidade reguladora o poder de fixar ou aprovar os elementos de cálculo das tarifas não se coaduna com os termos da diretiva. Neste caso específico, entendeu-se contrário ao direito unional a fixação desses elementos-base pelo rei, confirmando a impossibilidade, ademais, de vinculação da entidade reguladora com o governo. Para proteger a independência dessas agências, deve ser assegurado pelos Estados-Membros, principalmente, que a agência possa tomar decisões autônomas e independentes de qualquer organismo político. Tribunal de Justiça da União Europeia, Comissão/Belgica, C-474/08. Julgado em 29/10/2009. Entretanto, em vista da Constituição de muitos Estados-Membros, surgem no âmbito nacional diversas discussões sobre legalidade e legitimação democrática das determinações oriundas de entidades independentes, à semelhança de discussões corriqueiras no âmbito brasileiro. Nesse sentido: GÄRTDITZ, Klaus Ferdinand. Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets. In: LÖWER, Wolfgang (org). *Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt*. Bonn: V&R Unipress, 2010. p. 48. Defende o autor a inconstitucionalidade desta previsão, a título exemplificativo, no direito alemão, onde o princípio democrático inserido na Constituição determina a responsabilidade do Parlamento pelo estabelecimento das normas que regerão a administração pública, o qual é eleito pelo pleito democrático, na se justificando a tomada de decisões potencialmente políticas e de impacto social considerado pelas agências reguladoras, cujos membros não são democraticamente eleitos nem mesmo devem prestar contas àqueles que o são. Referente a essa questão no direito brasileiro, importantes autores brasileiros sobre o tema reunidos na obra: ARAGÃO, Alexandre Santos (org). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>306</sup> MAES, Tom. The Energy Regulators' Core Competence: Network Tariff Setting. In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012, 126.

<sup>307</sup> As seguintes competências são consideradas como mínimas a serem atribuídas, pelas legislações dos Estados-Membros, às agências reguladoras, nomeadamente: emitir decisões vinculativas dirigidas às empresas do setor; conduzir inquéritos sobre o funcionamento dos mercados da eletricidade e decidir e impor quaisquer medidas necessárias e proporcionadas para fomentar uma concorrência efetiva e assegurar o correto funcionamento do mercado, devendo ter também competência para cooperar com a autoridade nacional da concorrência e os reguladores do mercado financeiro ou com a Comissão na condução de inquéritos relacionados com o direito da concorrência; exigir das empresas de eletricidade informações relevantes e impor sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas àquelas que não cumpram as obrigações constantes da diretiva ou oriundas de uma decisão juridicamente vinculante, ou propor a um tribunal que imponha essas sanções. Além disso, devem ter competência para instrução e resolução de litígios entre agentes do setor e entre estes e consumidores (Art. 37). Em qualquer situação, a Comissão Europeia tem poderes para rever e determinar a suspensão de decisões de uma entidade reguladora nacional que não se coadunam com o direito unional e as regras dispostas nesta diretiva ou em outros instrumentos legislativos na matéria. Além disso, passam a ter as entidades nacionais obrigação de cooperar em questões transfronteiriças com a entidade reguladora dos demais Estados-Membros ou no âmbito da ACER. Esta cooperação deve ser voltada à criação de disposições operacionais que permitam uma gestão ótima da rede e um nível adequado de capacidade de interligação, de modo a promover uma concorrência regional sem discriminação entre as empresas de comercialização dos diferentes Estados-Membros, bem como coordenar o desenvolvimento de

principal e mais complexa, deve a entidade reguladora estabelecer ou aprovar, mediante critérios transparentes, tarifas de transmissão ou distribuição ou as suas metodologias de cálculo<sup>308</sup>.

Assim, esses reguladores independentes deverão, em todos os Estados-Membros, além das suas competências principais no âmbito de fixação e supervisão de tarifas de acesso de terceiros às redes, gozar de competência para emitir decisões vinculativas relativas às empresas<sup>309</sup> de energia elétrica e para aplicar ou propor ao tribunal competente a aplicação de sanções proporcionais e dissuasivas<sup>310</sup>. Muitas das obrigações das entidades reguladoras são no sentido de monitoramento do mercado e seus atores<sup>311</sup>, devendo verificar o cumprimento e rever os resultados das normas de segurança e fiabilidade da rede, bem como definir ou aprovar as normas e os requisitos de qualidade do serviço da rede. Ainda, cumpre-lhes monitorar o nível de transparência da atuação das empresas e monitorar os investimentos em capacidade de geração, tendo atenção à segurança do fornecimento.

Os principais requisitos estabelecidos pela mais recente legislação unional para as agências reguladoras são a independência da agência em relação às políticas de governo – obrigação de ser gerida por pessoas que não solicitem nem recebam instruções diretas de qualquer

---

códigos de rede para os operadores do sistema de transporte e coordenar o desenvolvimento de regras atinentes à gestão de congestionamentos.

<sup>308</sup> Quando deste cálculo, devem assegurar que os operadores das redes de transporte e distribuição recebam o incentivo adequado para aumentar a sua eficiência e promover a integração do mercado e a segurança do fornecimento. As condições de acesso que devem ser fixadas, aprovadas, ou cujas metodologias de cálculo sejam determinadas pela entidade reguladora se referem a: (a) ligação e acesso às redes nacionais, incluindo as tarifas de transporte e distribuição ou os respectivos métodos; (b) prestação de serviços de compensação, que devem realizar-se da forma mais econômica possível e proporcionar incentivos adequados aos utilizadores da rede; e (c) acesso a infra-estruturas transfronteiriças, incluindo os procedimentos de atribuição de capacidade e gestão dos congestionamentos.

<sup>309</sup> Art. 37, n. 11: “Qualquer interessado que tenha uma queixa contra um operador de rede de transporte ou distribuição relacionada com as obrigações desse operador no quadro da presente diretiva pode apresentá-la à entidade reguladora que, agindo na qualidade de autoridade competente para a resolução de litígios, deve proferir uma decisão no prazo de dois meses após a recepção da queixa.”

<sup>310</sup> Limitadas a 10% do volume de negócios anual da empresa em questão, conforme art. 37, n. 4, letra d.

<sup>311</sup> Art. 37, n. 2. Sempre que tal esteja previsto na legislação de um Estado-Membro, as obrigações de monitorização podem ser cumpridas por outras autoridades distintas da entidade reguladora. Nesse caso, as informações resultantes dessa monitorização devem ser disponibilizadas à entidade reguladora com a maior brevidade.

entidade governamental ou outra, pública ou privada, no desempenho das funções reguladoras - e a atribuição de competências de monitoramento e planejamento do mercado a estas. Com isso, afasta-se um problema do sistema brasileiro, que inibe investimentos no setor nos anos mais recentes, qual seja, o excesso de centralização das decisões que afetam investidores e a utilização do setor para satisfazer interesses políticos mediatos<sup>312</sup>.

Este foi, igualmente, o objetivo buscado na União Europeia. Vislumbra-se uma preocupação mais recente do bloco não só de manter a agência independente da captura pelos regulados, mas principalmente afastada das políticas de governo de cada Estado-Membro, que seriam capazes de conduzir as práticas de mercado e falsear a concorrência em prol de interesses muitas vezes dissociados da política energética ou consumeirista.

Conforme a diretiva, a agência reguladora nacional deve igualmente assegurar que não existam subvenções cruzadas entre as atividades de transporte, distribuição e comercialização, monitorizar o grau e a eficácia de abertura do mercado e de concorrência nos níveis grossista e retalhista, sancionar abusos nos preços aos clientes domésticos, e fiscalizar a ocorrência de práticas contratuais restritivas, incluindo cláusulas de exclusividade.

---

<sup>312</sup> LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Neste ponto, Luiz Roberto Barroso salienta que às agências reguladoras têm sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, principalmente (i) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (ii) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; (iii) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; (iv) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; (v) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc. Reforça autor que estas se tornaram peças fundamentais no projeto de melhoria da qualidade dos serviços públicos e que, se esse, "Se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta." BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 32.

Vê-se terem sido atribuídas às autoridades reguladoras nacionais tarefas que seriam típicas das autoridades de concorrência. O que se busca é, portanto, uma dupla supervisão das práticas restritivas, justamente por estarem estas autoridades mais próximas das empresas do setor e terem maior expertise nos aspectos peculiares deste. Conforme se verá, essa duplicidade também existe no direito brasileiro, sobrepondo-se competências da ANEEL e do CADE, igualmente sem uma definição precisa da competência para atuação de cada uma das agências, o que gera inseguranças e perdas ao setor<sup>313</sup>. Entretanto, a intensa atuação da Comissão Europeia no domínio da concorrência neste mercado de energia leva ao questionamento da capacidade das autoridades reguladoras nacionais fazerem frente, sozinhas, às empresas dominantes do setor.

Quanto ao mercado retalhista, a única obrigação constante expressamente da diretiva é a de permitir que os grandes clientes não domésticos tenham o direito de celebrar contratos simultaneamente com diversos comercializadores, o que se soma à liberdade de escolha do comercializador, garantida em tese a todos os clientes elegíveis da União. Por fim, a diretiva traz, em seu anexo 1, uma relação de medidas e proteção dos consumidores, que relaciona o direito a um contrato detalhado e informativo com o comercializador, inclusive com informações transparentes sobre preços e tarifas, uma ampla escolha de métodos de pagamento e a possibilidade de trocarem de comercializador sem incorrerem em quaisquer custos e acesso à resolução simples e de baixo custo de suas queixas.

Objetivo principal desse terceiro pacote de medidas foi justamente garantir que os indivíduos da União Europeia pudessem passar a experimentar os benefícios de um mercado de energia liberalizado, razão do foco no combate às tarifas discriminatórias, no investimento em sustentabilidade e segurança energética, e nas disposições protetivas dos

---

<sup>313</sup> JUSTEN NETO, Marçal. Defesa da concorrência no setor de energia elétrica - o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 42, agosto 2010. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>>. Consulta em 20/08/2013.

consumidores. Para tanto, o mais recente pacote legislativo no âmbito unional aposta na figura do regulador forte para garantir o funcionamento do mercado<sup>314</sup>. Neste sentido, passa a ser tarefa do regulador intervir sempre que houver uma ameaça ao bem estar econômico ou social, ainda que não se tratem de problemas concorrenciais<sup>315</sup>.

Dos Estados-Membros, a Alemanha é a líder de implementação das diretivas de liberalização<sup>316</sup>, já tendo logrado implementar o terceiro pacote em sua integralidade. Diversos países, entretanto, têm contra si procedimentos abertos, instaurados pela Comissão Europeia, em razão da não implementação deste: Bulgária, Estônia, Chipre, Lituânia, Luxemburgo, Polônia, Romênia, Eslovênia, Eslováquia, Irlanda, Finlândia, Suécia e Reino Unido<sup>317</sup>, remanescendo como principal dificuldade a separação de propriedade do operador das redes de transportes.

No tocante aos preços, eles ainda divergem significativamente entre os Estados Membros, tanto para os consumidores domésticos, quanto para os consumidores comerciais (industriais), em função da diferença nos impostos incidentes e no custo de produção/importação. Dentre os consumidores domésticos, pagam o preço total mais caro os dinamarqueses, seguidos pelos alemães, e o menor preço pode-se encontrar na Bélgica e na Estônia. Excluídos os impostos, o custo mais caro de produção da energia (repassado aos consumidores) é dos países Malta, Chipre e Irlanda, em razão de os dois primeiros serem considerados “ilhas de energia”, por não receberem importações, além de terem sua produção baseada na queima de óleo mineral,

---

<sup>314</sup> GÄRTDITZ, Klaus Ferdinand. Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets. In: LÖWER, Wolfgang (org). *Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt*. Bonn: V&R Unipress, 2010. p. 24.

<sup>315</sup> Ibid., p. 26.

<sup>316</sup> MUKHIGULISHVILI, George. *Competition and Monopoly in Internal Energy Markets*. Artigo disponível em <[http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20\(1\).pdf](http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20(1).pdf)>.

Consulta em 12/12/2013.

<sup>317</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document SWD(2012) 368 final of 15 November 2012 accompanying the Communication 'Making the internal energy market work' (COM(2012) 663 final)*. p. 155. Disponível em <[http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/doc/20121217\\_energy\\_market\\_2011\\_lr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/20121217_energy_market_2011_lr_en.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

que é uma fonte cara. Já a Irlanda tem esse alto preço em razão de possuir apenas uma interligação para importação de energia.

Para os consumidores comerciais, o maior valor global segue sendo o da Dinamarca, seguida de Chipre, Malta, Itália, e só então Alemanha, enquanto o menor valor global segue sendo o da Bélgica e o da Estônia; mesmo para estes, os encargos tributários na Dinamarca representam mais que o dobro do custo da energia em si. Excluídos os impostos, Chipre e Malta apresentam custo da energia muito superior ao dos demais Estados-Membros, pelas razões já referidas<sup>318</sup>. A convergência de preços aos consumidores ainda é objetivo a ser perseguido no bloco<sup>319</sup>.

Os benefícios da liberalização têm sido até o momento menos óbvios do que antecipado: preços menores não são verificados, e a interferência estatal segue presente em muitos Estados-Membros. A entrada de novos agentes no mercado é dificultada em razão do poder de mercado das principais empresas. Nenhum desses desenvolvimentos, entretanto, prejudica o argumento da liberalização, especialmente por ser um processo contínuo e em evolução<sup>320</sup>. Conforme visto, a Comissão afirma não visualizar outra alternativa mais benéfica ao bloco além da liberalização do setor, muito embora essa liberalização deixe pouca liberdade para os Estados-Membros e mesmo para as empresas do setor, no momento de definirem sua atuação<sup>321</sup>.

De fato, parece ter o legislador brasileiro descurado justamente essa percepção: de que os benefícios de uma política de concorrência coesa são colhidos em longo prazo, após uma estruturação gradual do setor e ajuste

---

<sup>318</sup> GÄRTDITZ, Klaus Ferdinand. Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets. In: LÖWER, Wolfgang (org). Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt. Bonn: V&R Unipress, 2010. p. 46.

<sup>319</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document SWD(2012) 368 final of 15 November 2012 accompanying the Communication 'Making the internal energy market work' (COM(2012) 663 final)*. p. 155. Disponível em < [\\_Bhttp://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/doc/20121217\\_energy\\_market\\_2011\\_lr\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/doc/20121217_energy_market_2011_lr_en.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

<sup>320</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 36.

<sup>321</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final.

dos participantes ao mercado, enquanto que a atuação ou intervenção estatal direta soluciona problemas pontuais em curto prazo, mas tende a gerar ineficiências que se estabilizam no sistema. Ao ter-se mitigado o papel da concorrência livre no setor elétrico brasileiro, houve um retrocesso nesse processo evolutivo, que hoje garante a poucos consumidores a possibilidade de escolherem fornecedores e obsta uma fácil alternância entre estes.

Além disso, em razão das constantes mudanças de políticas em direções diversas, a base normativa regulatória do setor elétrico brasileiro é considerada pelos agentes econômicos e estudiosos extensa e pouco orgânica, com leis esparsas editadas em períodos econômicos diversos e que carecem de coerência e coordenação entre si. Em razão desta deficiência, desnecessariamente surgem disputas, retraem-se investimentos, torna-se complexo o exercício de competências públicas, perdendo o Estado e a sociedade<sup>322</sup>.

Mesmo no âmbito unional, enfatizou-se no último Fórum de Florença que algumas intervenções estatais capazes de distorcer o mercado interno já são realidade em muitos Estados-Membros, conduzindo a uma tendência de re-nacionalização e re-regulação do mercado de energia elétrica. Os participantes do Fórum pediram, assim, o controle mais rigoroso possível sobre esse tipo de intervenção, especialmente por que essas intervenções podem desmerecer a ideia de um mercado integrado de energia<sup>323</sup>.

Entretanto, a regulação setorial não esgota o controle unional sobre o setor de energia, sendo reservado o espaço de aplicação da legislação concorrencial, não obstante esta tenha se mantido distante até recentemente dessas atividades. No inquérito realizado no setor, publicado em 2007, a Comissão já ressaltara os seus poderes conferidos pelas normas de

---

<sup>322</sup> LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Algumas reflexões sobre a base normativa do setor elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: IFE, julho de 2007. p. 1.

<sup>323</sup> Sobre as conclusões do 25º encontro do Fórum de Florença: <[http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_WORKSHOP/Stakeholder%20Fora/Florence%20Fora/25supthsup%20Florence%20Forum/meeting\\_025\\_conclusions.pdf](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_WORKSHOP/Stakeholder%20Fora/Florence%20Fora/25supthsup%20Florence%20Forum/meeting_025_conclusions.pdf)>. Consulta em 03/12/2013.

concorrência e sua aplicabilidade ao setor com fundamento no artigo 106 TFUE, afirmando que:

“A Comissão reprime com firmeza as infrações ao direito da concorrência comunitário (regras que proíbem as práticas concertadas e os abusos de posições dominantes) no sector sempre que o interesse comunitário assim o exija, em estreita cooperação com as autoridades de concorrência nacionais. (...) Sempre que as infrações ao direito da concorrência sejam facilitadas pela integração vertical das atividades de fornecimento, produção e infra-estruturas, bem como por uma separação insuficiente entre estes ramos, a Comissão deve utilizar plenamente os poderes de que dispõe a fim de impedir qualquer abuso no futuro”<sup>324</sup>.

À vista disso, tem-se por verdadeiro que, não obstante a regulação extensa do funcionamento do setor elétrico na União Europeia e o aumento gradativo das competências de supervisão e de controle dos atores de mercado pelas agências independentes setoriais, as autoridades de concorrência devem permanecer corpos regulatórios importantes no setor de energia da União.

Neste capítulo foi visto, portanto, a evolução do marco regulatório procedida para a abertura dos serviços de energia elétrica à concorrência. No primeiro tópico foi abordado o início da liberalização, no final da década de noventa, quando foi determinado no bloco o encerramento do monopólio da atividade de produção de energia. Além do histórico do setor no bloco e das peculiaridades que o circundavam, foram analisadas as normas que propuseram a primeira harmonização na matéria.

No segundo tópico, foi investigada a posição da União Europeia frente aos entraves à concorrência que ainda persistiam nos Estados-Membros. Além da expedição de um segundo pacote de medidas para liberalização, contendo um regramento mais extenso e mais severo, também foi verificada concomitantemente a atuação da Comissão Europeia no sentido de incentivar a formação e liderar fóruns de discussão sobre problemas do

---

<sup>324</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final. p. 11-12, trecho na versão original da língua portuguesa.

setor. Essa atuação proporcionou uma aproximação maior da Comissão Europeia com as temáticas envolvidas, com as agências reguladoras nacionais e com as empresas do setor, permitindo-lhe a construção de bases para uma posterior atuação mais proativa, conforme se verá na sequência.

Por fim, foi estudado o terceiro e último pacote de medidas de liberalização, que trouxe uma detalhada regulação de cada uma das atividades envolvidas, como resposta a um amplo inquérito sobre as condições de concorrência no setor realizado pela Comissão, dando conta da existência de barreiras à entrada em muitos países. Buscou, assim, uma maior uniformização no trato da matéria nos Estados-Membros, apostando na figura do regulador forte para garantir o funcionamento do mercado.

Contudo, nada nos pacotes legislativos tem o condão de desqualificar ou diminuir o papel das autoridades de concorrência, efetiva ou potencialmente. O que se verá no capítulo seguinte e o que se pretende propor para fins de otimização da política econômica no setor é justamente uma combinação dos dois controles, tanto pelas autoridades reguladoras quanto pelas autoridades de concorrência.

A introdução e a assimilação dos primeiros pacotes legislativos pelos Estados-Membros e pelas empresas do setor estabeleceu os alicerces necessários para permitir o controle do mercado mediante a aplicação das normas de concorrência, que tem sido levado a efeito, pela primeira vez no setor, pela Comissão Europeia (e de modo incipiente até pelas autoridades nacionais de concorrência). Uma redução no rigor do quadro regulatório pode ser cogitada para um próximo pacote legislativo, para deixar-se à política de concorrência as questões de mercado que se inserem no seu escopo de atuação, mantendo-se, entretanto, a garantia das obrigações de serviço público alcançadas, em alto patamar, pela regulação *ex ante*.

### **3. SOLUÇÃO ENCONTRADA PARA O SETOR: VANTAGENS DO CONTROLE DO SETOR PELA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA**

Os capítulos anteriores tiveram por objetivo demonstrar (i) as peculiaridades da matéria ora em questão, atinentes ao setor de energia elétrica e seu regime jurídico na União Europeia e (ii) a evolução do marco regulatório procedida para a abertura desses serviços à concorrência. Verificou-se um progressivo detalhamento na regulação do setor pelas diretivas de harmonização, restando aos Estados-Membros e às empresas afetas pouca liberdade em sua configuração da atividade empresarial.

Digno de nota é, ainda, o crescimento verificado nas obrigações de serviço público impostas às empresas por força das diretivas europeias, demonstrando uma bifurcação no foco da liberalização, entre a redução dos entraves à livre formação de preços e o aumento de ônus impostos para garantir-se a proteção dos consumidores, a sustentabilidade e a segurança no abastecimento de energia.

Em vista desta bifurcação, e tendo sido verificado por inquéritos realizados no setor pela Comissão Europeia a ineficiência da regulação setorial para garantir, pelo menos sozinha, o primeiro objetivo (redução de entraves à livre concorrência), mas o cumprimento de sua função em relação à garantia de obrigações de serviço público, questiona-se no presente capítulo, as vantagens de legar-se essa primeira tarefa à política de concorrência.

Conforme se verá, tendo remanescido por décadas sem aplicação ao setor ora em análise, as normas de concorrência somente passaram a ser aplicadas pela Comissão Europeia às empresas envolvidas em alguma das atividades do fornecimento de energia após a implementação do segundo pacote regulatório, quando então se verificava uma mínima harmonização das regras, dos conceitos, e das obrigações no setor. A partir de então, tendo sido criadas bases comuns, vislumbra-se uma maior eficiência no combate aos abusos por parte das empresas dominantes através das decisões e dos acordos realizados pela Comissão Europeia no âmbito de sua competência de autoridade antitruste.

Pretende-se argumentar, assim, em favor de uma igual bifurcação do controle do mercado no setor de energia elétrica na União Europeia, deixando-se ao direito da concorrência a garantia da formação livre de preços, e ao direito regulatório o acompanhamento do cumprimento das obrigações de serviço público, tão essenciais no setor em questão.

A interação eficiente da legislação de concorrência com os instrumentos legislativos a favor da liberalização do mercado de energia é prioridade. Conforme se verá nos tópicos seguintes, a Comissão efetivamente resolveu assumir o controle do setor pela política de concorrência, pela primeira vez, inclusive impondo medidas que, pode-se argumentar, ultrapassam a legislação de concorrência e em muito se assemelham a medidas regulatórias.

Essa interação das políticas setoriais e de concorrência deve ser objeto do próximo e último capítulo deste trabalho, com enfoque principal na condução de ambas pela Comissão Europeia. Igualmente, buscar-se-á projetar esse cenário à realidade brasileira, ao menos parcialmente, defendendo-se um reforço na atuação da autoridade antitruste no setor, ao lado da agência reguladora.

### 3.A. Efetividade do controle concorrencial no setor de energia

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, desde suas versões pretéritas, tem por base a economia aberta de mercado e a concorrência livre de distorções. A importância atribuída à política de concorrência no bloco é ímpar, reconhecendo-se a mesma como imprescindível à coesão dos Estados-Membros e decisiva para a formação e o funcionamento de um mercado interno. Sem uma política de concorrência eficaz na União Europeia, o mercado interno não poderia efetivar o seu pleno potencial, já que nada poderia impedir que os obstáculos criados por agentes privados ao comércio e à concorrência substituíssem os obstáculos públicos que as regras em matéria de livre circulação demoraram mais de meio século a dismantelar.

A política de concorrência da União Europeia é exercida por meio de quatro domínios de ação, a saber, (a) a repressão aos acordos restritivos da concorrência e aos abusos de posição dominante, (b) o controle das concentrações de empresas, (c) a liberalização dos setores econômicos sujeitos a monopólio e (d) o controle dos auxílios estatais<sup>325</sup>. As principais normas de concorrência aplicáveis aos Estados-Membros e às empresas da União Europeia encontram-se nos artigos 101 a 109 do Tratado. Os artigos 101 a 106 TFUE tratam das regras aplicáveis às empresas, enquanto que os artigos 107 a 109 aplicam-se aos auxílios concedidos pelos Estados-Membros. Assim, pode-se vislumbrar o desenvolvimento do controle da concorrência em duas linhas principais, quais sejam, de um lado o controle das práticas e dos acordos entre empresas, e de outro a disciplina dos recursos públicos<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 280.

<sup>326</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Novidades na regulamentação das ajudas públicas no direito comunitário da concorrência. *Boletín latino-americano de competencia*, n. 26. Bruxelas, nov. 2009, p. 16.

Das normas aplicáveis diretamente às empresas, as de maior importância são os artigos 101 e 102 do Tratado, os quais buscam prevenir, respectivamente, a formação de cartéis<sup>327</sup> e o abuso da posição dominante. O artigo 106 TFUE, que vincula às supracitadas normas as empresas públicas e as empresas com direitos especiais, inclusive aquelas prestadoras de serviços de interesse econômico geral, já foi abordado de modo abrangente no capítulo inicial do estudo.

O artigo 101 TFUE pode ser considerado como uma das regras materiais mais importantes do direito comunitário da concorrência, na medida em que estabelece serem incompatíveis com o mercado interno todos os acordos entre empresas<sup>328</sup>, todas as decisões de associações de empresas<sup>329</sup> e todas as práticas concertadas<sup>330</sup> que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> No entender da Comissão Europeia, “*De todas as restrições da concorrência, as práticas restritivas sob a forma de acordos secretos são indubitavelmente as mais destrutivas*”. COMISSÃO EUROPEIA. *XXXII relatório sobre a política de concorrência: 2000*. Luxemburgo: Spoce, 2002. p. 28

<sup>328</sup> O TJCE pronunciou-se sobre o conceito de empresa em 1962, no acórdão Mennesmann (processo TJCE 62, p.1190): “*A empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito jurídico autônomo e prosseguindo, de forma durável, um fim econômico*” CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 145. Note-se que não é elemento essencial o escopo lucrativo da organização, aparecendo como elementos principais a autonomia jurídica e a perseguição de fim econômico.

<sup>329</sup> Conforme coloca CAMPELLO, Dyle. *Op. cit.*, p. 146, “*associação de empresas é qualquer agrupamento de pessoas físicas, sociedades ou entidades com diversa designação, habilitada a tomar decisões relativas às empresas associadas*”.

<sup>330</sup> No caso das práticas concertadas, as empresas não assumem compromissos e obrigações, mas atuam seguindo um alinhamento recíproco, uma ação uniforme e combinada, ainda que tacitamente. Como essa é uma prática usual e natural dentro do sistema capitalista, as práticas concertadas somente cairão no âmbito de aplicação do artigo 101 caso advenham da intenção de restringir, impedir ou falsear a concorrência. Esse dispositivo aparece, na verdade, como uma cláusula de escape, abarcando toda a prática anticoncorrencial que não puder ser caracterizada como acordo ou decisão de associação. *Ibid.*, p. 155

<sup>331</sup> O artigo ainda elenca as práticas por ele abrangidas, em rol exemplificativo, a saber, (a) fixação, direta ou indiretamente, de preços de compra ou de venda ou de quaisquer outras condições de transação, (b) limite ou controle da produção, distribuição, desenvolvimento técnico ou investimentos, (c) repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento, (d) aplicação de condições desiguais em relação a parceiros comerciais no caso de prestações equivalentes, colocando-os em condições desiguais de concorrência e (e) subordinação da celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares que não têm ligação com o objeto desses contratos. Os acordos e decisões proibidos pelo artigo 101 são nulos de pleno direito, conforme rege o n° 2 desse mesmo dispositivo. É importante ressaltar que os mesmos nem sempre serão proibidos, mas somente na medida em que afetem sensivelmente o mercado interno, no sentido de restringir ou falsear a concorrência. Para esse tipo de acordo

Complementando a regulação de práticas empresariais contrárias à saudável concorrência, o artigo 102 TFUE proíbe o abuso da posição dominante, estabelecendo que é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste<sup>332</sup>. A proibição do abuso de posição dominante é, dentre as regras do direito da concorrência, a que encontra maior aplicação em setores de rede, estruturados na dependência de monopólios naturais, conforme se verá no presente capítulo.

As regras previstas no direito da concorrência referentes às ajudas públicas são igualmente de maior relevância para os setores de

---

concorrem vontades individuais, o que os distingue das decisões de associação, já que estas advêm de uma manifestação da vontade coletiva, pela maioria requerida pela lei ou estatuto. O artigo 101, n° 3 do Tratado explicita a adoção da teoria da concorrência - instrumento no bloco europeu, pois as práticas ali referidas não são ilícitos per se, mas podem ser excepcionalmente aceitas quando considerados outros interesses tão dignos quanto a manutenção da concorrência. O art. 101, n° 3 prevê condições de natureza positiva à derrogação da proibição (condições que a empresa deve cumprir para fazer jus à derrogação) e condições de natureza negativa (das quais a empresa deve se abster). CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul*. São Paulo: Renovar, 2001. p. 157. Como condições positivas, estabelece o artigo 101, n° 3 que as disposições do n° 1 do artigo 101 podem ser declaradas inaplicáveis a (a) qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, (b) qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e (c) qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, desde que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante. Dentro dessas possibilidades, prevê o n° 3 que tais práticas não devem impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, bem como não devem dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa; do contrário, elas estarão proibidas pelo artigo 101, n° 1, ainda que elencadas na primeira parte do n° 3.

<sup>332</sup> O artigo 102 segue elencando as condutas que caracterizam essa abusividade das práticas, nomeadamente (a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e (d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. É importante notar-se que a posição dominante não é proibida, mas somente o abuso dessa. Entretanto, como salienta Frederico Marques, não é necessária a comprovação do abuso para que a Comissão possa tomar alguma atitude no intuito de proteger o mercado e assegurar a livre concorrência. MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277.

interesse econômico geral, que recebem por expressa autorização legal compensações dos respectivos Estados-Membros, conforme referido no capítulo inicial. Ajudas públicas (injustificadas) prejudicam a concorrência e conturbam a igualdade entre as empresas, pelo que a União Europeia dispõe do mais rigoroso controle de todos os blocos econômicos, já que estas eram utilizadas pelos Estados-Membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais<sup>333</sup>. O artigo 107 TFUE determina serem incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumirem, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções<sup>334</sup>.

Não se pode negligenciar, entretanto, a contribuição do regime das ajudas para o alcance do mercado interno, por sua capacidade reguladora ou como instrumento de desenvolvimento de política estrutural, razão pela qual o sistema concorrencial não promoveu uma proibição total, mas, antes, um controle desses auxílios. Vislumbra-se que alguns auxílios trazem, inclusive, vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico não alcançáveis exclusivamente pelos mecanismos de mercado<sup>335</sup>. Em suma, estas são as principais regras de direito material da concorrência encontradas no Tratado<sup>336</sup>.

---

333 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência – na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. P. 438.

334 Assim, para que o auxílio seja proibido, quatro são as condições cumulativas: (i) que haja uma vantagem para a empresa interessada, (ii) que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, (iii) que tenha caráter específico, ou seja, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e (iv) que seja apta a afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Quando uma dessas condições não está presente, não se está diante de uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um Estado. JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Novidades na regulamentação das ajudas públicas no direito comunitário da concorrência. *Boletín latino-americano de competencia*, n. 26. Bruxelas, nov. 2009, p. 33.

335 JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Novidades na regulamentação das ajudas públicas no direito comunitário da concorrência. *Boletín latino-americano de competencia*, n. 26. Bruxelas, nov. 2009, p. 30.

336 O Tratado prevê algumas hipóteses em que os auxílios são considerados *per se* compatíveis com o direito da concorrência, e algumas em que estes podem, sob determinadas circunstâncias, ser considerados compatíveis com o mercado interno. Artigo 107, 2, (a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos; (b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros

Algumas regras processuais, ainda, são importantes de serem destacadas, possibilitando-se, assim, a compreensão da atuação atual da Comissão Europeia no setor de energia elétrica, no âmbito do direito concorrencial. Neste aspecto foi procedida há dez anos uma ampla reforma, notável por que, se de um lado transferiu competência de aplicação do direito comunitário da concorrência às autoridades e cortes nacionais dos Estados-Membros, de outro desonerou a Comissão e permitiu seu foco em áreas de seu interesse, em especial nos processos de liberalização dos setores de rede<sup>337</sup>.

O regulamento 1/2003, em vigor desde 1º de maio de 2004, estabeleceu um novo sistema de proteção da concorrência na União Europeia, centrando nas instituições nacionais dos Estados-Membros o processo de garantia da concorrência. Referido instrumento legislativo introduziu no bloco o que se convencionou chamar de sistema de isenção legal, que instituiu a legalidade *ab initio* dos acordos realizados pelas empresas, e deixou às autoridades de concorrência dos Estados-Membros o controle *ex post*, nas hipóteses em que cabível. A descentralização da aplicação do direito

---

acontecimentos extraordinários; (c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea. 3, (a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, econômica e social; (b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; (c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; (d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum; (e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão. O rol desta norma é taxativo, com destaque para os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira a contrariar o interesse comum, exceção na qual pode-se incluir as compensação oferecidas às empresas encarregadas de serviços de interesse econômico geral.

337 Sobre a reforma: KRÜGER, Alessandra. *Cinco Anos da Reforma Modernizadora do Direito Comunitário da Concorrência*. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

comunitário da concorrência é o ponto chave no funcionamento do novo sistema introduzido pelo regulamento 1/2003<sup>338</sup>.

Além desta alteração substancial, algumas regras processuais foram introduzidas para permitir à Comissão Europeia uma atuação mais flexível e discricionária relativamente à correção da atuação das empresas infratoras do direito da concorrência. Neste ponto, é importante destacar o artigo 9º do regulamento 1/2003<sup>339</sup>, de crucial importância para a compreensão do quadro concorrencial no atual bloco no setor de energia, que introduziu a possibilidade de realização de acordos com as empresas e de instituição de compromissos de cessação de práticas em detrimento da aplicação de sanções.

O artigo 9º do regulamento permite à Comissão aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração quando as empresas assumirem voluntariamente compromissos, que serão então tornados obrigatórios, uma vez aceitos. Caso a Comissão aceite esses compromissos, deverá concluir pela inexistência de fundamento para a tomada de medidas sancionatórias. Desde o início da vigência desse regulamento, a sistemática de adoção de compromissos para a solução de casos singulares mostrou-se largamente preferida pela Comissão<sup>340</sup>.

---

<sup>338</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. p. 354.

<sup>339</sup> O texto do artigo 9º estabelece, *verbis*: *Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objeções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas. Esta decisão pode ser aprovada por um período de tempo determinado e deve concluir pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas.*

<sup>340</sup> Essa norma formalizou a nível normativo uma prática já anteriormente seguida e que apresenta vantagens tanto para a Comissão quanto para as empresas. Especialmente as empresas se beneficiam de uma maior rapidez na tramitação do processo, bem como da redução do risco de serem condenadas a uma indenização, o que poderia ocorrer caso tivesse sido concluída pela existência de uma infração. Para a Comissão, permite maior discricionariedade, podendo requerer da empresa quaisquer providências que entenda necessárias (mormente sob ameaça da imposição das pesadas sanções vinculadas à infrações da concorrência). APARICIO, Alicia Arroyo. La aplicación descentralizada de los artículos 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE nº 1/2003. *In: Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 10.

O setor de energia, assim como os demais setores de rede, embora sujeito às regras de concorrência por força do artigo 106 TFUE, já estudado inicialmente, não o é sem o suporte de um forte viés regulatório, por incluir na sua cadeia produtiva um monopólio natural. Assim, a manutenção da concorrência no setor foi condicionada à regulação a nível nacional e supranacional, ao lado do direito concorrencial. Inclusive, conforme já referido, antes de estabelecido o marco regulatório com as especificações introduzidas pelo segundo pacote de medidas, não havia exercido a Comissão qualquer controle formal da concorrência no setor.

Tradicionalmente, o direito regulatório tem sido arguido como melhor alternativa para a redução das ineficiências observadas na existência de um monopólio natural. A ideia é que seria necessária uma agência reguladora, que impusesse regras de conduta e fiscalizasse seu cumprimento, a fim de evitar os lucros do monopólio, obrigar a investimentos e a manter a qualidade do produto, bem como a atender a todos os consumidores/usuários (universalidade)<sup>341</sup>. Uma importante diferença é que, enquanto o direito regulatório assentaria as condições prévias e mais técnicas ao funcionamento do mercado, em especial tarifas de acesso às redes, e regras estruturais das empresas, o controle do direito da concorrência seria *ex post*, focado em fusões, acordos restritivos e abuso de posição dominante.

A despeito da adoção de regulações setoriais abrangentes, contudo, o papel das autoridades de concorrência não é exaurido nem excluído nesses setores. Pelo contrário, a partir do estabelecimento de bases comuns pode a Comissão passar a, pela primeira vez na história do bloco, aplicar as normas de concorrência a empresas do setor, mormente frente à constatação, pelo inquérito no setor, de que a regulação pouco havia contribuído para incentivar novos participantes e para reduzir o poder de mercado dos antigos monopólios.

---

<sup>341</sup> CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005. p. 35.

Em uma primeira fase, portanto, a liberalização operada pela regulação no setor mostrou-se relativamente ineficiente. A despeito de ter concretizado garantias de interesse público em favor dos consumidores, do meio ambiente e da sustentabilidade, em termos de garantia e de controle da concorrência não foi suficiente para fazer frente aos antigos monopólios no setor. Por esta razão, passa a ser visto como alternativa o controle das restrições de mercado pelo direito da concorrência, apostando-se na atuação mais específica da Comissão Europeia e considerando-se também o maior temor das empresas das sanções por infrações à concorrência.

Diversos casos de restrições à concorrência em setores regulados já foram analisados e sancionados pela Comissão no exercício de seu poder enquanto autoridade da concorrência. A infração ao artigo 101 TFUE (que proíbe acordos restritivos entre empresas) é menos comum de ser verificada nesses setores, mas não é excluída, e de fato já foi apontada em alguns casos pela Comissão<sup>342</sup>.

Relativamente à infração ao artigo 102 TFUE, os casos de aplicação de multas pela Comissão são inúmeros, especialmente no setor de telefonia<sup>343</sup>, onde a liberalização ocorreu com maior rapidez e facilidade do que no de energia. No setor de energia, contudo, parece a Comissão preferir a

---

<sup>342</sup> Em 2004 a Comissão analisou, sob a égide dessa norma, os contratos da Gaz de France (GDF) e as produtoras ENI e ENEL, que proibiam essas últimas de vender na França gás natural que a primeira transportava. A Comissão expressou nesse caso que essas cláusulas que restringem o território e repartem mercados constituem uma infração injustificada ao artigo 101 TFUE; nesse caso, decidiu não aplicar sanções porquanto o trato da matéria era recente, e seu objetivo foi esclarecer o direito para todas as empresas atuando no setor. Neste sentido: comunicado IP 04/1310, de 26/10/2004. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1310\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1310_en.htm?locale=en)>. Entretanto, em 2009 sobreveio o primeiro caso no setor de gás em que a Comissão aplicou sanção, às empresas E.ON AG, da Alemanha, e GDF Suez As, por divisão de mercados, que constituiria infração ao 101 TFUE. A multa foi de 553 milhões para cada uma das empresas. Neste sentido: comunicado IP/09/1099, de 08/07/2009. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-09-1099\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1099_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>343</sup> Alguns casos importantes em que houve aplicação de multa foram à Telefónica espanhola, multada em 151 milhões por cobrança de tarifas acima do valor razoável (comunicado IP/07/1011, de 04/07/2007. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1011\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1011_en.htm)>), à Deutsche Telekom, por cobrança de preços abusivos para acesso às suas redes (comunicado IP/03/717, de 25/01/2003. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-717\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-717_en.htm)>, consulta em 27/07/2013), à Wanadoo Interactive, subsidiária da France Télécom, por preços predatórios no acesso à ADSL (Comunicado IP/03/1025, de 16/06/2003).

solução de conflitos mediante a realização de acordos com as empresas envolvidas, conforme se discorrerá no ponto seguinte do presente estudo, como foi o caso da Distrigas, empresa belga, para encerrar os seus acordos de longo prazo que impediam novos ingressantes no setor<sup>344</sup>, e das empresas GDF e Ruhrgas (Alemanha), para cessar a negativa de acesso às suas redes a terceiros<sup>345</sup>.

Não obstante, conforme visto, tenha-se desenvolvido um abrangente quadro regulatório para o setor de energia, a ser aplicado de modo descentralizado pelas autoridades reguladoras dos Estados-Membros, a atuação supranacional não resta excluída em razão da competência da Comissão no âmbito do direito da concorrência, da qual esta faz uso para, igualmente, controlar o mercado, quando nisto falham as autoridades reguladoras nacionais. Restará demonstrado, mormente, que a atuação mediante compromissos tem sido bastante utilizada pela Comissão após o advento do regulamento 1/2003, como o meio de solução de controvérsias no setor, intra-bloco e mesmo com países terceiros que exportem para a União Europeia, apresentando-se como alternativa à ineficiência da regulação setorial até o presente no sentido de (i) reduzir preços e (ii) reduzir concentração de mercado<sup>346</sup>.

Alguns autores defendem - na linha do que Posner defende como ideal economicamente<sup>347</sup> - que, no momento em que a liberalização for completada e se estabelecer nesses mercados uma concorrência efetiva, as normas regulatórias deverão ter sua aplicação reduzida até serem excluídas, deixando o controle integralmente ao direito da concorrência europeu<sup>348</sup>. E de fato, a despeito de ter-se desenvolvido um quadro regulatório intenso e

---

<sup>344</sup> Comunicado IP/07/1487, de 11/10/2007. Disponível em < [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1487\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1487_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>345</sup> Comunicado IP/04/573, de 30/04/2004. Disponível em < [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-573\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-573_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>346</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Inquérito nos termos do artigo 17 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os setores europeus do gás e da eletricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final. p. 11-12.

<sup>347</sup> POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 86.

<sup>348</sup> SÄCKER, Franz Jürgen; *et. al.* (orgs). *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1328.

detalhado, conforme descrito no capítulo anterior, o mais recente controle do setor tem-se dado efetivamente pelo direito da concorrência, em nível supranacional.

O desenvolvimento e a implementação de políticas na União Europeia geralmente envolve os níveis nacional e supranacional; a política de energia não é exceção a esta regra de interpenetração de níveis legislativos. A questão que exsurge desta constatação é, entretanto, como alcançar a coordenação dos Estados-Membros nestas condições de competências compartilhadas e qual seria o nível ideal de descentralização ou centralização de poderes regulatórios na matéria<sup>349</sup>.

Do que foi visto até o presente tópico, deve ser proposto um reforço da aplicação do direito comunitário da concorrência ao setor, deixando o quadro regulatório nos termos em que se encontra, sem enrijecê-lo. Deve-se verificar, com o estudo de casos recentes, que a Comissão Europeia já tem tentando seguir este caminho. A aplicação descentralizada do direito comunitário da concorrência pelas autoridades antitruste nacionais, inserida após a reforma nas regras procedimentais ocorrida em 2003, permite que ambos os controles se deem no nível dos Estados-Membros, com a coordenação das autoridades reguladora e de concorrência.

### **3.B. Atuação proativa da Comissão Europeia na liberalização do setor**

A política de energia, no início da perspectiva de integração europeia, parecia uma candidata natural para um papel de atuação forte, senão exclusiva, do nível supranacional, havendo fortes razões tecnológicas e econômicas para tanto<sup>350</sup>. Entretanto, as tentativas de delegação de poderes

---

<sup>349</sup> EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 60.

<sup>350</sup> Ibid. p. 62.

foram repetidamente frustradas ao longo das décadas, conforme visto na perspectiva histórica apresentada, de modo que essa política remanesceu fortemente descentralizada, com aplicação do marco regulatório exclusivamente pelas autoridades nacionais. Justamente por esta razão, e por faltar-lhe competências além<sup>351</sup>, a Comissão operou a liberalização do setor sem utilizar-se de uma abordagem hierárquica, que envolveria regulação e controle no nível supranacional.

Durante o processo de liberalização, porém, a Comissão passou a assumir uma abordagem dinâmica relativamente à evolução da liberalização do mercado de energia, deixando de ser mera espectadora e colhendo expertise no setor<sup>352</sup>. Conforme introduzido no capítulo anterior, a criação de fóruns para a cooperação das principais autoridades dos Estados-Membros e empresários do setor constituiu-se na primeira investida para a coordenação e cooperação com autoridades nacionais na regulação do setor. Contudo, conforme ver-se-á, o controle supranacional tem se tornado mais intenso, complementando o controle setorial a nível nacional.

A regulação por cooperação, neste setor, conforme referido no capítulo segundo, teve e tem um papel importante na criação do mercado interno de energia, desde a aprovação do primeiro marco regulatório, em 1996, iniciando-se pelo desenvolvimento de organizações e mecanismos informais de cooperação transacional entre a Comissão, os Estados-Membros, e acionários

---

<sup>351</sup> Por esta razão, a política de energia durante longo tempo foi considerada uma das políticas mais fracas da União Europeia, conservando o setor um “status especial”. EBERLEIN, Burkard. *Regulation by Cooperation: The ‘third way’ in making rules for the internal energy market*. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 63. A razão simples, conforme já estudado, é que os Estados-Membros procuraram manter um controle próximo sobre o setor que eles consideravam de importância econômica estratégica. Soma-se a esta razão uma vasta diferença entre os setores nacionais em termos de variedade das fontes de energia, grau de dependência de importações, estruturas de propriedade, o que dificultou imensamente as tentativas de harmonização no bloco.

<sup>352</sup> ALBERS, Michael. *The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View*. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 53.

da indústria, notadamente com o chamado “Fórum Regulatório”, que foi denominado, no setor de energia elétrica, o “Fórum de Florença”<sup>353</sup>.

Desvantagens desse processo de construção de uma regulação “negocial”, por cooperação, é que o consenso não é apenas lento para se alcançar, mas é igualmente lento demais para resistir à concentração de mercado, além de ser de difícil execução, uma vez que as conclusões dos fóruns não são vinculantes<sup>354</sup>. A preocupação em regra é que o consenso voluntário não faça frente ao conflito de interesses característico do mercado<sup>355</sup>. Entretanto, o processo de cooperação mostrou-se bastante funcional e útil nas tarefas de junção de dados e informações confiáveis, elaboração de propostas regulatórias e construção de instituições, gerando ainda expertise e promovendo um entendimento comum das questões regulatórias prementes, do que vem a Comissão Europeia se utilizando de modo crescente.

A Comissão Europeia, percebe-se, perseguiu desde o início do processo de liberalização do setor de energia uma estratégia de duas vias: além da criação de legislação setorial específica, valeu-se da expertise e das negociações entre atores do setor para informalmente desenvolver as regras necessárias ao funcionamento de um mercado interno integrado. Vislumbrando-se sua postura nos anos mais recentes, abordada a seguir, pode-se associar esse processo de fórum à intenção de maior controle

---

<sup>353</sup> O autor Burkard Eberlein denominada esta modalidade de regulação de “terceiro caminho”, ao lado da regulação por hierarquia (imposta pela autoridade supranacional) e regulação em concorrência de competências. EBERLEIN, Burkard. *Op. cit.* p. 62.

<sup>354</sup> Algumas tensões dificultam o processo de cooperação, pois diversos são os conflitos de interesses que precisam ser conciliados. Além do conflito óbvio entre operadores de redes de transmissão/distribuição e os usuários da rede (produtores e consumidores), há o conflito entre diferentes Estados-Membros, em especial entre os chamados “países de trânsito”, os quais, em razão de sua localização central, veem passar por suas redes o maior fluxo de eletricidade, e os países “periféricos”. Os primeiros preocupam-se, evidentemente, com a recuperação deste custo e a viabilidade de abrigar a sua produção nacional se as importações forem facilitadas, enquanto os segundos esperam poder importar e exportar eletricidade a preços tão baixos quanto possível através das fronteiras nacionais, sem necessitar pagar qualquer “tarifa de exportação”. Mas há ainda o conflito entre a discricção regulatória nacional e a necessidade de legislação supranacional, entre subsidiaridade e coordenação no bloco. EBERLEIN, Burkard. *Regulation by Cooperation: The ‘third way’ in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe.* New York: Oxford University Press, 2005. p. 72.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 75.

supranacional desta área, efetivamente estratégica para a conclusão do mercado interno.

Deve-se ter em conta que, a despeito de a Comissão Europeia ser a autoridade supranacional competente para o controle da política de concorrência no bloco e gozar, juntamente com as autoridades nacionais de concorrência, da possibilidade de sancionar empresas por comportamentos anticoncorrenciais, inclusive no setor de energia, por força do artigo 106 TFUE, relutou em fazê-lo principalmente pela enorme diversidade de práticas e normas nos diversos Estados-Membros. Assim, aparentemente vislumbrou-se necessário primeiro chegar-se a um nível comum das normas regulatórias, para que se pudesse cogitar de nomear as práticas de contrárias ao direito comunitário da concorrência.

Na maioria dos setores de base, a abertura dos mercados iniciou com a aplicação *ex post* do direito da concorrência, e foi então reforçada pela regulação *ex ante*. No setor de energia, contudo, esta abordagem não restou evidente, mas passaram-se muitos anos desde a promulgação do primeiro pacote de medidas de liberalização até que se cogitou da aplicação do direito da concorrência no setor<sup>356</sup>.

Quando o inquérito apresentado pela Comissão em 2007 demonstrou a aparente insuficiência da regulação *ex ante* para a garantia de concorrência efetiva no setor, olhos passaram a voltar-se para a legislação de concorrência para corrigir imperfeições<sup>357</sup>. Como resultado, desde a publicação

---

<sup>356</sup> Os Estados Unidos da América conciliam o escopo do direito regulatório e direito da concorrência através do denominada abordagem exaustiva: as autoridades de concorrência não aplicarão essas normas se uma medida setorial específica já foi aplicada pela autoridade competente, ainda que tal medida deixe certa liberdade comercial à empresa que poderia levar em tese a uma infração das normas de concorrência. Considerando-se, contudo, que na União Europeia, diferentemente da situação norte-americana, o direito da concorrência consta regrado no direito primário, enquanto que o direito regulatório aparece tão somente no direito secundário, pode-se até esperar que a Comissão deixe de aplicar as normas de concorrência a questões técnicas, sendo pouco provável, porém, que esta considerasse as regras de concorrência não aplicáveis. VAN DEN BERGH, Caroline. The Relationship between sector specific regulation and competition law in the energy sector. *In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe.* p. 189.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 183.

do referido inquérito, as empresas do setor passaram a se preocupar com a legislação de concorrência às suas costas, aparentemente pela primeira vez<sup>358</sup>.

A Comissão iniciou sua atuação mais proativa no setor de energia justamente fiscalizando acordos de repartição/restrrição territorial de vendas, especialmente com empresas terceiras, de países não integrantes da União Europeia. Logrou, com isso, a extinção de contratos de longo prazo desta espécie e compromissos de não reinserção destas cláusulas através de discussões e acordos com as empresas estrangeiras<sup>359</sup>. Os operadores de rede de transporte, em regra, detém uma posição dominante nos mercados, de modo que o seu comportamento, em termos de acesso às redes e tarifas, assim como em relação ao controle dos interconectores, pode ser analisado e avaliado pela Comissão Europeia no âmbito da norma de concorrência proibitiva do abuso da posição dominante<sup>360</sup>.

Também no âmbito do controle de fusões a Comissão pode parar transações que prejudicariam a concorrência potencial no mercado liberalizado de energia. Essa legislação concorrencial de controle de fusões pode, assim, ser suscitada para promover a abertura de mercados nacionais e mudanças regulatórias, se vinculada à aprovação da fusão a requerimentos regulatórios que promovam o objetivo de abertura e integração dos mercados. Em diversos casos a Comissão objetou contra a aquisição de um efetivo

---

<sup>358</sup> O direito da concorrência supostamente teria, conforme visto, uma função complementar em relação às diretivas de liberalização, no sentido de assegurar o correto funcionamento do mercado interno de energia. As intervenções com base na legislação concorrencial autorizam a Comissão apenas a tomar ações quando tiver detectado uma violação das leis de concorrência, como acordos restritivos ou abusos de posição dominante. ALBERS, Michael. *The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View*. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 49. Uma das práticas anticoncorrenciais mais comuns nesta indústria de rede é a partição dos mercados através de acordos.

<sup>359</sup> Alguns dos casos mais prominentes envolvendo empresas de países terceiros foram o caso Gazprom, Comunicado IP/03/1345, de 06/10/2003, disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-1345\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1345_en.htm)>; caso Sonatrach, Comunicado IP/07/1074, de 11/07/2007, disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1074\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1074_en.htm)>; caso Nigeria LNG Ltda, Comunicado IP/02/1869, de 12/12/2002, disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-1869\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1869_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>360</sup> EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 79.

competidor no setor, ou impôs às empresas condições para aprovação do acordo<sup>361</sup>.

No cenário brasileiro, este é o tópico de maior atuação da autoridade de concorrência no setor de energia elétrica, conduzindo a sua análise com o suporte do regulador. Esse arranjo foi reproduzido na Resolução Normativa n. 378/2009 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que trata dos atos de concentração no setor elétrico, entre outros assuntos da ordem econômica<sup>362</sup>. Embora remanesçam algumas dúvidas sobre essa

---

<sup>361</sup> Entre outros, Caso M 1383, Exxon/Mobil; Caso M 1673, Veba/Viag; Caso M 2434, Grupo Villar Mir/EnBWHidroelectrica Del Cantábrico, Caso M 2947, Verbund/Energie Allianz.

<sup>362</sup> Art. 3º da Resolução Normativa n. 378/2009: “Os atos de concentração no âmbito do setor de energia elétrica deverão ser apresentados, para exame, à SDE, em conformidade com o §4º, do art. 54, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. § 1º A ANEEL, mediante solicitação da SDE, ou por iniciativa própria, analisará o ato de concentração observando, no mínimo, os seguintes aspectos: I - a identificação dos mercados de atuação dos agentes econômicos envolvidos; II - a possibilidade de influência dos agentes envolvidos no intercâmbio de energia elétrica entre os submercados em que as partes possuem atividades, observados o limite de transmissão e os aspectos relacionados à alteração desse limite; III - a possibilidade de influência nos preços da energia, em todos os submercados, em face do exercício do poder de mercado; IV - a participação das partes na geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em todos os submercados, por fonte e/ou tipo de combustível, quando aplicável; e V - no caso de agentes de distribuição de energia elétrica, a demonstração dos eventuais ganhos de eficiência, que serão tratados no âmbito dos respectivos processos de revisão tarifária. § 2º Na análise de que trata o caput serão considerados os atos regulatórios vigentes e a competência de atuação da ANEEL na regulação do mercado de energia elétrica. §3º Os aspectos citados neste artigo serão, onde aplicáveis, considerados na análise de ato de concentração no sistema isolado.” Art. 4º da Resolução Normativa n. 378/2009: “O concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica deverá enviar à Superintendência de Estudos do Mercado - SEM, da ANEEL, na concretização da operação de transferência acionária e periodicamente, no último dia de cada trimestre civil, informação atualizada relativa à respectiva composição societária; identificado o grupo de controle e explicitando todas as participações societárias diretas e indiretas dos respectivos controladores.” Ao CADE, devem ser submetidas operações envolvendo pelo menos dois grupos de porte, isto é, um grupo com faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país a partir de R\$ 750 milhões e outro a partir de R\$ 75 milhões. Paralelamente, a ANEEL conduz a análise regulatória da transferência de controle societário de geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, para garantir a continuidade da adequada prestação dos serviços e o cumprimento das obrigações de desverticalização. Desse modo, há operações societárias que serão submetidas previamente: (i) somente à ANEEL, no caso das citadas operações previstas no art. 5º da Resolução Normativa 484/2012 e que não caracterizem ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos de porte; (ii) somente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), se do ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos econômicos de porte não resultar transferência ou ampliação de controle societário de geradora, transmissora ou distribuidora de energia elétrica ou se a sociedade-objeto da operação estiver dispensada do controle prévio pela regulação setorial; e (iii) a ambas as autarquias, quando o ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos de porte se enquadrar em uma das hipóteses do art. 5º da supra mencionada Resolução. PINTO, Gabriel Moreira; NASCIMENTO, Acácio. *Aprofundando o diálogo sobre as novas perspectivas da ANEEL e do SUPERCADÉ na análise de operações societárias no Setor Elétrico*. Artigo disponibilizado online em 2012. Disponível em: < [http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo\\_Gabriel\\_Acacio\\_Canal\\_Energia.p](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Gabriel_Acacio_Canal_Energia.p)

sobreposição de competências e dos efeitos práticos da autorização por uma agência e proibição por outra, ao que parece, a ANEEL entende que deve se abster de fazer análises de caráter concorrencial e impor restrições a atos de concentração, deixando tal competência para os órgãos de defesa da concorrência<sup>363</sup>. Entretanto, não se vislumbra até o presente uma atuação mais firme no sentido de evitar abusos de posição dominante, o que se poderá buscar através de acordos, a exemplo da União Europeia.

Por fim, as regras proibitivas de ajudas públicas, conforme visto, autorizam a Comissão a controlar os repasses e impedir aqueles com potencial de distorcer a concorrência. No âmbito das ajudas estatais, a Comissão pode igualmente auxiliar no desenvolvimento de concorrência no setor, evitando que empresas recebam auxílios estatais não compatíveis com o Tratado e que não ultrapassem os custos das obrigações de serviço público. É necessário que seja assegurado, nesse sentido, que o auxílio recebido não extrapole o necessário a compensar os gastos dos investimentos suportados<sup>364</sup>.

---

df>. Consulta em 04/02/2014. Art. 5º da Resolução Normativa n. 484/2012: “Depende de prévia anuência da ANEEL a transferência de controle societário direto e indireto: I - de delegatária de serviço público de geração, de transmissão e de distribuição de energia elétrica; II - de concessionária de uso de bem público e de autorizada para geração de energia elétrica por aproveitamento de potencial hidráulico; III - de concessionária e de autorizada para geração de energia elétrica por fonte térmica com combustível nuclear; e IV - de concessionária e autorizada de geração de energia elétrica de qualquer fonte primária, cujo pretense controlador integre grupo societário que detenha ou passe a deter com a operação pretendida, participação na geração de energia elétrica em patamar relevante para a segurança do Ambiente de Contratação Regulado – ACR.”

<sup>363</sup> JUSTEN NETO, Marçal. Defesa da concorrência no setor de energia elétrica - o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 42, agosto 2010. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=459>>. Consulta em 20/08/2013. O posicionamento da agência foi dessa forma esclarecido em uma Nota Técnica: A análise da ANEEL tende a concentrar-se no impacto do ato sobre o setor de energia elétrica (setor regulado), sendo perfeitamente possível a aprovação da referida operação pela Agência. Já a análise dos órgãos do SBDC tende a inserir a operação no contexto geral da economia nacional, sendo possível a imposição de restrições à operação em virtude do seu impacto sob a ótica da defesa da concorrência. Nota Técnica nº 267/2008-SME/ANEEL, de 10/12/2008.

<sup>364</sup> ALBERS, Michael. The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View. *In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 54.

O Caso Synergen foi um importante exemplo da atuação da Comissão conjuntamente com autoridades nacionais para assegurar os objetivos da política de concorrência no setor elétrico. O referido caso tratou da criação de uma empresa comum entre a companhia de energia elétrica dominante da Irlanda, ESB, e a companhia de gás norueguesa, Statoil, para a exploração da central elétrica Synergen, situada em Dublin, Irlanda. A autorização foi sujeita ao respeito dos compromissos oferecidos pelas duas empresas à Comissão Irlandesa da Regulação da Eletricidade (Irish Commission for Electricity Regulation - CER)<sup>365</sup>, o que significa dizer que, apesar do interesse da Comissão Europeia e sua competência para atuar na questão, no referido caso as condições não foram somente negociadas na presença da autoridade reguladora nacional, mas restou esta encarregada de monitorar a implementação da negociação.

Ao comentar esta decisão, o então Presidente da Comissão Europeia, Mario Monti, referiu constituir o caso

“(...) um bom exemplo do contributo que a política de concorrência pode dar no domínio da liberalização do mercado da energia e revela a excelente cooperação existente entre a Comissão Europeia e as autoridades reguladoras nacionais, em especial com a autoridade irlandesa CER, que negociou a solução e concordou em controlar o respeito dos compromissos”<sup>366</sup>.

A aplicação do direito da concorrência pela Comissão Europeia tem-se mostrado não só frequente no setor, como tem extrapolado mesmo as exigências do quadro regulatório, o que a doutrina tem referido como introdução de medidas quase-regulatórias através do direito da concorrência<sup>367</sup>. A Comissão, a exemplo, não somente está constantemente controlando a

---

<sup>365</sup> Considerando-se que o problema era a dominância da empresa irlandesa no Estado-Membro, o principal compromisso se referia à colocação à disposição do mercado de 600 MW de eletricidade até que fontes adicionais de eletricidade estejam disponíveis na Irlanda. Isto corresponde a cerca de metade do consumo pelos ditos clientes elegíveis na Irlanda, isto é, os clientes que atualmente têm o direito de escolher o seu fornecedor de eletricidade.

<sup>366</sup> Comunicados de imprensa da Comissão Europeia. IP/02/792, de 31 de maio de 2002. Disponível em < [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-792\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-792_pt.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>367</sup> VAN DEN BERGH, Caroline. The Relationship between sector specific regulation and competition law in the energy sector. *In*: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe. New York: Oxford University Press, 2005. p. 184.

atuação dos operadores de rede, mas inclusive tem passado a intervir na tentativa de garantir melhores condições de acesso para terceiros.

Sua primeira intervenção nesse sentido foi verificada no caso Marathon, no mercado de fornecimento de gás, quando se investigava a negação de acesso à empresa Marathon por cinco importadores e operadores de rede. A Comissão Europeia decidiu encerrar o processo Marathon na sequência de compromissos assumidos por cada uma das empresas investigadas de concederem um maior acesso à suas redes. Os compromissos referiram-se a cinco domínios: (i) equilíbrio, (ii) negociação dos direitos de capacidade, (iii) gestão do congestionamento, (iv) transparência e (v) tratamento dos pedidos de acesso<sup>368</sup>.

A atuação mais proativa da Comissão Europeia no setor de energia elétrica iniciou-se, conforme visto, pelo incentivo dos processos de fórum, pela discussão e formação de regras a regular o funcionamento do mercado. Não satisfez-se em atuar como mediadora das discussões das autoridades nacionais e acionistas no setor, ou mesmo legisladora na matéria, contudo. Indo além, verifica-se uma atuação ainda mais incisiva da Comissão Europeia no sentido de aplicar diretamente as regras regulatórias – referentes à estrutura das empresas, acesso a terceiros, gestão das redes, entre outros –, inclusive demandando das empresas providências às quais não estariam obrigadas pela legislação setorial, em uma análise caso a caso.

A legislação concorrencial, em realidade, se tornou um meio de implementação de regulação setorial no setor de energia, ou mesmo um meio de introdução de medidas quase regulatórias pela porta dos fundos<sup>369</sup>, com base nos acordos previstos no artigo 9º do regulamento 1/2003<sup>370</sup>. Desde o

---

<sup>368</sup> Comunicados de imprensa da Comissão Europeia. IP/01/1641 de 23 de novembro de 2001.

<sup>369</sup> Chegando ao extremo, sob a égide do segundo pacote legislativo, que ainda não exigia a separação de propriedade das empresas, a Comissão estava demandando compromissos de algumas empresas nesse sentido (separação dos ativos das empresas), alegando infrações ao direito da concorrência. Caso COMP 39.388, E.ON., OJ C 36/8; Caso COMP 39.402, RWE, OJ C 310/23.

<sup>370</sup> O caso somente poderá ser reaberto se (i) ocorrer uma mudança material nos fatos nos quais se basearam a decisão; (ii) a empresa descumprir o acordo e (iii) a decisão tiver sido baseada em informações incompletas ou incorretas por parte da Comissão.

inquérito setorial em 2007, que demonstrou a ausência de concorrência efetiva no setor de energia até então, se verifica uma maior intervenção da Comissão e predisposição a aplicar sanções às empresas de energia, logrando então chegar a compromissos na maioria das vezes. A Comissão tem crescentemente se utilizado da previsão deste artigo 9º e manejo de acordos oferecidos por empresas de energia que contêm obrigações seguidamente muito mais extensas do que aquelas previstas no terceiro pacote de energia e nas demais legislações correlatas vigentes.

Outros compromissos importantes envolveram a empresa italiana ENI e a empresa sueca Svenska Kraftnät. A primeira precisou comprometer-se a vender suas participações em três empresas para um comprador independente aprovado pela Comissão<sup>371</sup>. A empresa sueca, por sua vez, precisou subdividir o sistema de transmissão sueco em duas ou mais zonas, enquanto administrava o congestionamento no sistema de transmissão sem limitar a capacidade de negociação nos interconectores<sup>372</sup>.

Esses compromissos são tão abrangentes que levantaram sérias preocupações de como sobreviveriam ao teste da proporcionalidade<sup>373</sup>; entretanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu no Caso

---

<sup>371</sup> MEMO/ 10/29: Antitrust: Commission welcomes ENI's structural remedies proposal to increase competition in the Italian gas market. 4 de fevereiro de 2010. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-10-29\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-29_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>372</sup> IP/09/1425: Antitrust: Commission market tests commitments proposed by Svenska Kraftnät concerning Swedish electricity transmission market. 06/10/2009. Disponível em: <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-09-1425\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1425_en.htm)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>373</sup> Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Caso Alrosa), trata sobre o princípio da proporcionalidade em matéria de acordos, entendendo implícita a necessidade de atendimento a este princípio para que se tornem vinculantes os compromissos: “42. É certo que, no artigo 9º do Regulamento n. 1/2003, ao contrário do que acontece no seu artigo 7º, não se encontra qualquer referência expressa ao princípio da proporcionalidade. Porém, enquanto princípio geral do direito comunitário, o princípio da proporcionalidade é um critério para apreciação da legalidade de qualquer atuação das instituições comunitárias, incluindo as decisões da Comissão na sua qualidade de autoridade da concorrência. 43. Portanto, se os compromissos de uma ou mais empresas em relação ao objetivo da Comissão de garantir que a concorrência não seja falseada se revelam desproporcionados, esta não deve tornar estes compromissos obrigatórios. Antes pelo contrário, deve chamar a atenção das empresas para a desproporcionalidade dos compromissos e, sendo caso disso, sugerir modificações aos mesmos. Na medida em que um conjunto de compromissos seja divisível, não há nada que impeça a Comissão de tornar obrigatória apenas uma parte dos compromissos.”

Alrosa<sup>374</sup>, de 2010, que a aplicação do princípio da proporcionalidade no artigo 9º do regulamento é limitado à verificação que os compromissos em questão solucionam as preocupações na avaliação preliminar, gozando a Comissão de larga margem de discricionariedade não revisável pelo Tribunal e, ainda, não tendo a obrigação de procurar a solução menos gravosa para o particular.

Vislumbra-se que a Comissão está indo além do controle *ex post* do mercado, encontrando no direito da concorrência, um meio de introduzir medidas quase-regulatórias pela porta dos fundos<sup>375</sup>. Esta questão torna-se, contudo, preocupante quando se verifica que a Comissão teria que conciliar os objetivos da política de concorrência com outros específicos do setor como a proteção do meio ambiente, a segurança de fornecimento e as obrigações de serviço público.

Uma parcela da doutrina atribui esse uso crescente do direito da concorrência para correção de falhas no setor justamente ao fracasso na aplicação do direito regulatório em nível nacional, em termos de benefícios econômicos, ressalvadas as conquistas de garantia das obrigações de serviço

---

<sup>374</sup> Caso C-441/07, Comissão Europeia v. Alrosa Company Ltda., 2010. De cujo texto se extrai, *verbis*: “56. É certo que, em relação às decisões adotadas nos termos do artigo 9º do Regulamento n.º 1/2003, a Comissão não está obrigada ela própria a procurar alternativas menos gravosas em relação aos compromissos que lhe foram apresentados. Em todo o caso, tem de verificar se todas as alternativas que conhece a esses compromissos – aqui, em particular, os compromissos conjuntos da De Beers e da Alrosa – apresentam meios menos onerosos para a solução dos problemas de concorrência identificados, graças aos quais os interesses de terceiros não sejam, ou sejam menos fortemente, afetado. (...) 60. O interesse geral em encontrar uma solução o mais possível rápida e processualmente econômica para os problemas da concorrência justifica a limitação da escolha das medidas a considerar no âmbito do artigo 9º do Regulamento n. 1/2003. As empresas que assumem compromissos têm a consciência de que, possivelmente, as suas concessões vão além do que a própria Comissão lhes poderia exigir depois de uma análise detalhada, mediante uma decisão nos termos do artigo 7º do Regulamento n. 1/2003. Em contrapartida, com o arquivamento do procedimento por acordos e práticas concertadas instaurado contra elas, obtêm rapidamente segurança jurídica e podem evitar a constatação, para elas desvantajosa, de uma violação da concorrência bem como, possivelmente, a ameaça iminente de uma coima. (...)” Disponível em: <curia.europa.eu>, Consulta em 25 de agosto de 2013.

<sup>375</sup> Ademais, a doutrina questiona esse uso do direito da concorrência para construir os mercados, especialmente com relação à habilidade da Comissão de aplicar decisões eficientes de um ponto de vista econômico. Considerando-se que a Comissão atua e decide com base em elementos que lhe são conhecidos como “mercado relevante” e “poder de mercado”, sem um conhecimento mais íntimo do setor específico, teme-se a imposição de medidas e sanções com efeito real no mercado diverso do pretendido. VAN DEN BERGH, Caroline. The Relationship between sector specific regulation and competition law in the energy sector. *In*: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe. New York: Oxford University Press, 2005. p. 194.

público<sup>376</sup>. E de fato, conforme já ressaltado, a Comissão Europeia nas últimas décadas deixou de recorrer ao direito da concorrência para intervir no setor de energia, apenas o fazendo após o primeiro inquérito levado a efeito no setor, publicado em 2007, o qual demonstrou a insuficiência do direito regulatório, até então, para dar uma solução adequada aos problemas de acesso, tarifas, congestionamentos, e investimentos no setor, especialmente no tocante a trocas transfronteiriças.

No Brasil, a complementariedade da atuação entre agência setorial e autoridade antitruste já é amplamente reconhecida, muito embora se verifique uma postura ainda relativamente tímida desta última. A ANEEL e os três órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a saber, o CADE, a SDE (Secretaria de Direito Econômico) e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) celebraram, em 21/7/10, um termo de compromisso de cooperação institucional, estabelecendo critérios de atuação conjunta na prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico.

A ANEEL, na condição de agência reguladora, tem competência para adotar medidas preventivas e repressivas tanto no controle de condutas quanto no controle de estruturas. Além disso, a redação da legislação específica<sup>377</sup> é suficientemente ampla a ponto de comportar a interpretação de que caberia à ANEEL a aplicação da lei de concorrência no

---

<sup>376</sup> DE HAUTECLOCQUE, Adrien; TALUS, Kim. Capacity to compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks. In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe. New York: Oxford University Press, 2005. p. 206.

<sup>377</sup> A disciplina da defesa da concorrência no setor elétrico está prevista basicamente em dispositivos do art. 3º da lei 9.427/95. O inc. IX atribui à ANEEL o dever de "zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica". O inc. VIII atribui à agência a competência de "estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si". E o inc. XIII determina que caberá à ANEEL "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".

setor de energia elétrica. Por outro lado, o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.074/95 dispõe que "*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*". Assim, parece evidente que a lei não pretendeu afastar a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no setor. Contudo, não há uma definição clara e precisa de quais devem ser as atribuições da ANEEL e dos órgãos de defesa da concorrência em matéria concorrencial no setor elétrico.

Este recente acordo de cooperação entre as agências, a despeito de não resolver a totalidade dos casos de sobreposição de competências, estabeleceu ao menos algumas regras procedimentais básicas para a análise de práticas restritivas pelo CADE no setor regulado<sup>378</sup>. Estabelece, ademais, que na análise realizada pela autoridade antitruste em caso de suposta infração da legislação específica, as manifestações da agência reguladora não possuem caráter vinculativo. Vale destacar, no ponto, que o CADE firmou precedente, em processos para análise de atos de

---

<sup>378</sup> De acordo com o Termo de Compromisso de Cooperação Institucional, ao ter conhecimento de fato que possa configurar prática restritiva à concorrência no setor elétrico, a SDE deve notificar a ANEEL para apresentar manifestação contendo "*informações técnicas relativas ao mercado sob investigação*" (cláusula terceira, item "a"). O prazo para manifestação da ANEEL é de 30 dias, sem prejuízo de a SDE conduzir diligências e averiguações preliminares. Por sua vez, a ANEEL tem o dever de comunicar a SDE quando verificar "*indícios de práticas restritivas à livre concorrência*" (cláusula terceira, item "b"), apresentando, desde logo, as informações técnicas pertinentes. A agência reguladora terá ainda a oportunidade de se manifestar novamente caso a SDE decida instaurar processo administrativo. Nesta hipótese, a ANEEL terá o prazo de 30 dias para apresentar manifestação após o recebimento da defesa prévia dos representados (cláusula terceira, item "c"). A ANEEL tem ainda a possibilidade de acompanhar o processo administrativo no âmbito do CADE, por meio da indicação de um representante para auxiliar o Conselheiro-Relator. Esta colaboração, contudo, depende da solicitação do Conselheiro (cláusula terceira, parágrafo único). Com relação aos procedimentos a serem observados nos processos de controle de estruturas (art. 54 da lei 8.884), o termo de compromisso prevê que a SDE deverá encaminhar cópia da documentação à ANEEL, que terá o prazo de 30 dias para apresentar "*análise técnica do ato em caráter não vinculante*" (cláusula quarta, itens "a" e "b"). Documento disponível em: [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura\\_arquivo/arquivos/processo\\_485580014222010.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/leitura_arquivo/arquivos/processo_485580014222010.pdf). Consulta em 03/01/2014. A celebração do termo de compromisso ANEEL/SDE/SEAE/CADE, tem por principal mérito consolidar a articulação construída na última década. Contudo, ainda há que se avançar no sentido de diminuir a complexidade e evitar a duplicação de atuações, o que prejudica o setor e causa insegurança jurídica aos operadores. PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação de Serviços Públicos*. Publicação da Sociedade Brasileira de Direito Público, outubro de 2001. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=5](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=5)>. Consulta em 03/02/2014.

concentração no setor elétrico, no sentido de que o parecer a ser emitido pela ANEEL não é sequer imprescindível ao julgamento do processo<sup>379</sup>.

Outra importante parcela da doutrina pátria defende uma atuação mais proativa da autoridade antitruste, em detrimento da atuação da agência reguladora para a análise de aspectos concorrenciais. Gesner de Oliveira alerta para os riscos de uma segmentação na aplicação da legislação concorrencial<sup>380</sup>. Como demonstra Calixto Salomão Filho, “todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial pela autoridade antitruste”<sup>381</sup>. Além disto, uma especialização exacerbada poderia aumentar os riscos de captura<sup>382</sup> da agência reguladora<sup>383</sup>.

Outra importante questão, talvez ainda mais relevante no emaranhado inorgânico de regulamentações que se vive no Brasil<sup>384</sup>, é a de saber se o CADE pode preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial. A jurisprudência do CADE, sobre esta questão, tem admitido uma competência residual em matéria de regulação<sup>385</sup>, inclusive para controle

<sup>379</sup> CADE, Ato de concentração n.º 08012.010874/1999-05, Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – ESCELSA e Iven S/A.

<sup>380</sup> Refere o autor: “A experiência internacional e a literatura sugerem que a existência de uma agência central preocupada com a obediência das regras da concorrência é mais eficaz do que a fragmentação em vários órgãos setoriais. Se a missão de zelar pela competição for fatiada entre os vários setores da economia, o Brasil estará na contramão das tendências regulatórias do século 21.” (...) “os serviços de energia elétrica e telecomunicações, por exemplo, se valem cada vez mais de redes comuns, exigindo coordenação e critérios gerais de respeito à competição, e não regulações específicas”. OLIVEIRA, Gesner de. *Globalização, Abertura e Concorrência*. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n. 23, 1996.

<sup>381</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 55.

<sup>382</sup> Segundo a doutrina, um efeito colateral do controle do mercado pela regulação setorial é que as empresas tendem a engajar mais recursos para obter apoio governamental, uma vez que deste depende, agora diretamente, as suas margens de lucro autorizado, o que é referido como a captura da agência reguladora. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148.

<sup>383</sup> PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação de Serviços Públicos*. Publicação da Sociedade Brasileira de Direito Público, outubro de 2001. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=5](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=5)>. Consulta em 03/02/2014.

<sup>384</sup> LOUREIRO, Luis Gustavo Kaercher. *Algumas reflexões sobre a base normativa do setor elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: IFE, julho de 2007. p. 1.

<sup>385</sup> Na Representação 07/93 (CEBRACAN/RODONAL), voto vogal do ex-conselheiro Antônio Fonseca: “Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe

dos atos regulatórios (normativos) que rivalizem com a maior concorrência no setor<sup>386</sup>, de modo a incentivar, de um lado, a entrada de novos participantes no mercado e, de outro, o aumento dos contratos bilaterais livres, que representam a consagração desse modelo concorrencial, hoje mitigado pelas reformas legislativas últimas.

A crítica de que uma dupla regulação em si – pelo direito regulatório e pelo direito da concorrência – desaceleraria novos investimentos não se sustenta, porquanto a prática mirada pela autoridade antitruste é, de regra, justamente o abuso de uma posição dominante de uma empresa que, se cessado, permitirá a tantas outras atuarem em posição de igualdade, gerando apenas incentivo a novos participantes do mercado, e excluindo, por conseguinte, os lucros de monopólio<sup>387</sup>.

Neste sentido, deve-se aproveitar o aumento de competências da autoridade de concorrência introduzido pela reforma da legislação concorrencial no Brasil, para buscar-se dar mais efetividade à livre

---

uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação do regulamento. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritiva da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim e sanar os vícios da regulamentação”.

<sup>386</sup> É possível identificar na jurisprudência do CADE julgados que indicam a possibilidade de que atos (normativos) contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho. Na decisão no processo administrativo n. 08012.005076/2005-17, o ex-conselheiro Marcelo Calliari afirma que “pode o CADE atuar em questões que envolvam regulamentação estatal, devido a expresse dispositivo da Lei 8.884/94”. Resta assim expresse no voto: “Em vários outros casos julgados pelo CADE envolvendo discussão semelhante, a conclusão foi no sentido de que (...), devido à importância do princípio da livre concorrência previsto na Constituição Federal, caberia à autoridade de defesa da concorrência, ao menos, atuar em advocacia da concorrência expedindo recomendações e solicitando providências para cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência (inciso X, do art. 7º, da Lei 8.884/94), ou, frustradas essas iniciativas, acionar o Poder Judiciário.”

<sup>387</sup> Um aspecto visto como negativo na atuação dos monopólios, e utilizado como argumento favorável à regulação setorial, é o (suposto) inerente desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência da atividade. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 135. Entretanto, Richard Posner combate essa assertiva, considerando-a é inconsistente com o princípio econômico fundamental de que uma oportunidade perdida tem um custo analiticamente igual a uma perda sofrida. Embora, por certo, uma empresa em regime de concorrência tenha mais a perder por não implementar uma inovação ou redução de custos imediatamente, uma empresa detentora de um monopólio que falha em explorar uma oportunidade também corre o risco de ser tomada por outra que possa oferecer aos acionários maiores lucros sobre suas cotas. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 20.

concorrência nesse setor, principalmente através do controle de práticas concentradas entre os grupos econômicos dominantes – inclusive os estatais -, reforçando a atuação da ANEEL.

Conforme vislumbrado também no contexto unional, a regulação setorial tem por objetivo primeiro assegurar as obrigações de serviço público atreladas a esse setor, mérito que não lhe pode ser retirado, mas demanda um reforço, para o controle da liberdade de concorrência dos agentes envolvidos, logrado com a aplicação do direito da concorrência pela autoridade antitruste.

### **3.C. O compartilhamento de competências entre autoridade reguladora e autoridade de concorrência: contribuições à experiência brasileira**

De todo o exposto, resta concluir-se que a liberalização no setor de energia não poderá ser totalmente alcançada sem uma aplicação proativa das regras de concorrência, como vem ocorrendo no direito unional, tendo em vista ter se mostrado a regulação setorial insuficiente para o controle ou redução dos abusos de mercado<sup>388</sup>. Verifica-se, assim, uma conciliação de competências, com o controle do mercado pelas autoridades reguladoras nacionais, associado àquele da Comissão enquanto autoridade de concorrência.

Conforme visto, o Processo de Florença, através de cooperação voluntária e envolvimento, não só de autoridades nacionais, mas dos acionistas da indústria, assumindo a Comissão o direcionamento dos grupos, já podia ser visto como pioneiro de novas formas de atuação na União Europeia, buscando-se a regulação (também) pela cooperação nos níveis nacional e supranacional, e não pela exclusão de competências, conforme

---

<sup>388</sup> ALBERS, Michael. The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 58.

usual em outras políticas. O papel da Comissão como motor da integração é destacado nesta estrutura<sup>389</sup>. Verifica-se, assim, no setor de energia, a emergência de uma forma de governança híbrida, unindo a cooperação em fóruns, a regulação nacional e o controle supranacional<sup>390</sup>.

Uma questão que se apresenta é sobre qual autoridade tomará a liderança após a promulgação do terceiro pacote de medidas regulatórias, de extensão mais ampla que os anteriores, ou, mais propriamente, se o controle do setor será relegado em maior parcela às autoridades de concorrência, podendo-se estagnar o marco regulatório, deixando às autoridades reguladoras tão somente a preocupação com questões mais técnicas. Neste ponto, a partir do exposto no capítulo anterior, é possível vislumbrar uma atuação repressiva mais intensa por parte das autoridades de concorrência. Não somente à Comissão tem-se reservado a faculdade de firmar compromissos, mas esparsamente já têm as autoridades nacionais de concorrência inaugurado um maior controle do setor de energia, em detrimento das agências reguladoras nacionais<sup>391</sup>.

A regulação setorial fez-se indispensável, ao menos em uma fase transitória de monopólios para mercados competitivos, tendo-se logrado uma efetiva reestruturação e liberalização do setor na União Europeia, a despeito dos ainda muitos entraves que se busca combater<sup>392</sup>. Atualmente,

---

<sup>389</sup> EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 75. Denominada pelo autor esta estratégia de governança como "cooperação sob a sombra da hierarquia", é possível em razão dos amplos poderes detidos pela Comissão Europeia no âmbito do direito da concorrência, inclusive no setor de energia por força do artigo 106 TFUE.

<sup>390</sup> Ibid., p. 62.

<sup>391</sup> Na Alemanha, por exemplo, após um inquérito setorial, foram realizados compromissos com diversas empresas nacionais no setor, Decisão Administrativa B 8 – 113/03 – 1, disponível em: <<http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell06/B8-113-03.pdf?navid=41>>. Na França, a autoridade nacional de concorrência sancionou as empresas GAZ e Electricité de Grenoble por abuso de posição dominante no mercado de distribuição de eletricidade para pequenas empresas. Notícia "L'Autorité de la concurrence sanctionne Gaz et Electricité de Grenoble pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux petits professionnels" disponível em: <[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=305&id\\_article=1106](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=305&id_article=1106)>. Consulta em 27/07/2013.

<sup>392</sup> DERUYTTER, Thomas; *et. al.* Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets. In: DELVAUX, B., HUNT, M. en TALUS, K. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3.

contudo, a regulação tem tido importância principalmente na asseguaração das obrigações de serviço público em função dos consumidores, da segurança e do meio ambiente, concretizando aqueles objetivos não diretamente ligados ao controle da concorrência<sup>393</sup>.

Pode-se vislumbrar da evolução legislativa trazida uma bifurcação no foco da liberalização, entre redução dos entraves à livre formação de preços, de um lado, e o aumento de ônus às empresas para cumprimento das obrigações de serviço público, de outro. Argumenta-se, então, em favor de uma igual bifurcação do controle do mercado no setor de energia elétrica, deixando-se ao direito da concorrência a garantia da formação livre de preços, e ao direito regulatório o acompanhamento do cumprimento das obrigações de serviço público. No tocante às obrigações de serviço público, tem-se que sua importância justifica a manutenção do quadro regulatório, neste aspecto, nos termos abrangentes em que se encontra.

Por outro lado, em termos de controle das práticas de mercado, parece que o escopo do direito regulatório já se encontra esgotado. Os dispositivos constantes do terceiro pacote legislativo são de tal modo abrangentes, assim como as competências das autoridades reguladoras nacionais, que o enrijecimento significaria praticamente uma unificação da regulação nos Estados-Membros e a quase inexistência de liberdade aos empresários. A investigação conduzida permite argumentar em favor de

---

Antwerp: Intersentia, 2012. p. 69. No mesmo sentido, DE HAUTECLOCQUE, Adrien; TALUS, Kim. Capacity to compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 206.

<sup>393</sup> Na visão de parcela da doutrina, sendo nesse sentido Posner o expoente, não é válido usar-se a política de concorrência para promover outros objetivos além da eficiência, como promover as pequenas empresas - até porque os pequenos negócios normalmente são prejudicados, e não ajudados, pela promoção da concorrência - ou promover uma distribuição mais igual de lucros ou bem estar. Deve haver, por certo, uma correlação entre os instrumentos da política antitruste e os objetivos possíveis de serem concretizados com a sua implementação, sumarizado na citação "*Like all antitrust cases, this one must make economic sense*" (Caso United States v. Syufy Enterprises). POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 2. Richard Posner chega a descrever o direito regulatório como um ritual no qual os participantes fazem um show barulhento mas vazio de adversidade, a fim de reafirmar sua posição, e então encontram um acordo em um nível não muito distante daquele que seria atingido pelos mecanismos de mercado. POSNER, Richard A. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 62.

ampliar-se a aplicação do direito da concorrência no setor para terminar a liberalização do mercado e assegurar a manutenção dos benefícios já logrados pela regulação setorial, focando a atuação das autoridades reguladoras nacionais no acompanhamento do cumprimento das obrigações de serviço público, essenciais no setor em questão.

A despeito, portanto, do considerável *aquis* já criado recentemente para regulação no setor de energia no direito unional, o qual tem sido paulatinamente concretizado sob a fiscalização das autoridades reguladoras nacionais, verifica-se que o funcionamento do mercado e o controle do abuso de poder das empresas em posição dominante necessita de uma aplicação complementar do direito da concorrência<sup>394</sup>. Torna-se, inclusive, desnecessária a expedição de novas legislações ainda mais restritivas no setor, devendo ser buscada uma flexibilização das restrições à atuação empresarial livre, mostrando-se o direito da concorrência apto a impor compromissos às empresas que se aproveitem de sua posição monopolística (ou oligopolística) para impedirem o funcionamento do mercado interno de energia elétrica no contexto unional.

A estruturação coesa de um marco regulatório voltado à liberalização do mercado e à livre concorrência contrasta com as legislações esparsas e pouco orgânicas características da regulação brasileira no setor, e com as constantes guinadas nas políticas públicas relativas. A liberalização desses serviços em 1995, o início das privatizações e a contratação livre foram revertidos com o novo modelo introduzido em 2003, tendo hoje o Brasil em torno de 73% da sua energia vendida em leilões regulados e um número quase insignificante de consumidores livres que negociam contratos bilaterais,

---

<sup>394</sup> No entender de Posner, a manutenção de um quadro regulatório tem pouca justificação, sendo que a legislação concorrencial ofereceria proteção adequada contra abuso de poder de mercado, sem os custos sociais e administrativos daquele. Segundo Posner, não há antítese entre política de concorrência, inteligentemente concebida, e o alcance de performances eficiente sob as condições de monopólio natural, já que este é justamente objetivo dessa política. Idem, *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 84. Nas palavras do autor M. E. Beesley, “a preferable alternative to detailed regulation of costs, profits or prices is greater reliance on competition policy.” BEESLEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2ª ed. New York: Routledge, 1997. p. 31.

número que deve ainda ser reduzido sob os efeitos das alterações introduzidas em 2012 na legislação setorial<sup>395</sup>.

Muito embora essas mudanças, no cenário brasileiro, representem concepções políticas diferentes à frente do Executivo, a interrupção de um processo de liberalização assusta e afasta investimentos privados<sup>396</sup>, e o financiamento de projetos se torna mais caro para o país<sup>397</sup>. Deve-se ter em conta que se trata de uma indústria de capital intensivo, e que a demanda por energia no Brasil é crescente e contínua, mesmo em períodos de baixo ou nulo crescimento econômico (em países subdesenvolvidos como o Brasil, isto ocorre pelo ingresso de novos usuários)<sup>398</sup>, de modo que a preocupação em atrair investimentos ao setor independe de posicionamento

<sup>395</sup> Alterações introduzidas pela Medida Provisória 579/12, convertida na Lei 12.783/2012. A experiência norueguesa, especialmente, demonstra não ser impossível a livre concorrência em um mercado energético de base hidrelétrica, nem mesmo quando o mercado se estende para além das fronteiras nacionais. A necessidade de coordenação das hidrelétricas para aproveitamento ótimo do potencial de uma mesma fonte pode ser ajustado através de regulação, inexistindo necessidade de identidade de concessionários. A percepção dos investidores, relativamente ao novo modelo implantado em 2003 e reforçado em 2012 é que ele centraliza muito poder nas mãos do governo e, considerando a transitoriedade dos governos, o setor passa a ser percebido como instável.

<sup>396</sup> SILVA, Fabio Stacke. *Making competition with renewable power plants in Brazilian electric energy market*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues, Washington DC, 2010. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo\\_Fabio\\_Stacke.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Fabio_Stacke.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>397</sup> Sem regras claras e confiáveis, os investimentos privados seguirão diminuindo. Ademais, reduzir o risco aos investidores representa mais do que capital novo sendo investido no setor: representa capital sendo investido a um custo maior. A maioria dos investidores colocam seu dinheiro em países com menor risco regulatório; entretanto, aqueles que investem em situações de risco cobram uma maior taxa de retorno pelo investimento. No leilão ocorrido em dezembro de 2005 no Brasil (A-5, primeiro leilão de energia nova), muitos investidores disseram que somente participariam se pudessem esperar uma taxa de retorno do investimento de pelo menos 15%. Entretanto, se estivessem no Chile, eles aceitariam um retorno de 8%. Em razão de ser considerado um país de baixo risco, os consumidores chilenos pagam por sua energia cerca de 70% menos do que os consumidores brasileiros, considerando a mesma infraestrutura de geração. LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014. Segundo estudos da Câmara Brasileira de Investidores de Energia Elétrica, a energia no Brasil custa em torno de 27% a mais do que nos países desenvolvidos em razão dos riscos regulatórios e políticos. CÂMARA BRASILEIRA DE INVESTIDORES EM ENERGIA ELÉTRICA. *Obstáculos ao Investimento no Setor Elétrico*. Seminário CEPAL/BNDS, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.cepal.org/ddpe/noticias/noticias/8/20818/CBIEE%20Obstaculos%20ao%20investimento%20no%20setor%20el%C3%A9trico.pdf>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>398</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas gerais*. 2007. Documento online disponível em <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/download/185/145>>. Consulta em 04/02/2014.

político, sendo necessidade de ordem objetiva<sup>399</sup>. O caso da Light S/A, já referido, é apenas um de muitos em que acionistas privados repassaram suas quotas a empresas estatais<sup>400</sup>.

Da experiência europeia se pode extrair uma primeira e importante lição, qual seja, a de que a construção de um mercado eficiente e benéfico ao consumidor se dá em um processo gradual e contínuo e através de legislações coesas e claras para os participantes do mercado. As mudanças e incertezas são incompatíveis com o vulto de investimentos demandados pelas atividades do setor, problema que se intensifica com o domínio do setor pelas empresas públicas e grandes grupos econômicos. De outro lado, conforme confirma a experiência europeia, o sistema de livre concorrência – na medida possível – é o que tende a gerar maior eficiência no longo prazo, o que tem sido desmerecido nos recentes rumos adotados para o setor no Brasil.

Ainda que mantido o sistema atual de venda regulada de energia, com atuação centralizada do Estado no setor, alguns melhoramentos são demandados. Uma das maneiras apontadas pelos participantes do mercado para minimizar a percepção dos riscos pelos investidores é garantir uma mínima independência da agência reguladora de interesses imediatistas, com planejamento de longo prazo. Não é raro na política atual, o Estado ver-se na dupla função de autoridade reguladora e agente regulado, o que vem

---

<sup>399</sup> Veja-se que o maior grupo estatal, a Eletrobrás, já acumula uma dívida líquida de R\$ 32 bilhões e já precisou de auxílio financeiro do Governo Federal recentemente. Fonte: <<http://oglobo.globo.com/economia/tesouro-tumulto-levou-governo-cancelar-operacao-entre-caixa-eletobras-10964807>>. Consulta em 04/02/2014. A previsibilidade aspirada pelo modelo centralizado é utópica, uma vez que as questões relacionadas a demanda, suprimento, hidrologia, tecnologia e outros custos escapam do controle governamental, razão pela qual o planejamento centralizado tende a criar ineficiências a longo prazo e inflexibilidade do sistema. LIMA DA SILVA, Ludimila. The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>400</sup> Além disso, conforme referido, houve uma paralisação das privatizações e uma retomada do controle da maior parte das empresas pelo governo federal e governos estaduais. Entretanto, não resta definido claramente o papel das empresas de energia elétrica estatais. Elas participam como parceiras de empresas privadas, competem com estas, e competem inclusive com outras empresas estatais, e sendo utilizadas como formadoras de preços de mercado. A indefinição dessas funções e a alta concentração do mercado, entretanto, novamente retraem investimentos. Diferentemente do cenário unional, em que é assegurado que as empresas públicas compitam em igualdade de condições com as privadas, a mesma isonomia não se pode esperar atualmente no cenário brasileiro, dominado por grupos econômicos estatais. Ibid.

ocasionando conflitos de interesses e incrementa o risco institucional e regulatório no setor<sup>401</sup>. A evolução no setor da União Europeia demonstrou a ineficiência destes moldes: (...) *a experiência demonstra que a eficácia da regulamentação é frequentemente condicionada por falta de independência dos reguladores em relação ao governo e por insuficiência de competências e poderes*<sup>402</sup>.

Deve-se evitar, sob pena de um futuro possivelmente desastroso, a utilização destes setores essenciais para a reafirmação de estratégias polític0-partidárias de curto prazo, que não necessariamente atendam aos interesses dos investidores, dos consumidores, ou da segurança do abastecimento. Nos termos da diretiva 2009/72/CE:

“Os reguladores da energia deverão poder tomar decisões sobre todas as questões de regulação relevantes, para um funcionamento adequado do mercado interno da electricidade, e ser inteiramente independentes de quaisquer outros interesses públicos ou privados”<sup>403</sup>.

Algumas outras questões foram pontualmente tratadas, como a importância no incentivo dos contratos bilaterais para uma maior estabilidade do mercado – o que não vem ocorrendo no cenário brasileiro –, e a dificuldade de competição num quadro econômico marcado pelo forte domínio público, em razão de subsídios, beneficiamento estratégico dessas empresas por influência política, etc.

As deficiências envolvidas no processo de implementação de plantas hidrelétricas precisam, ainda, ser superadas a fim de criar um ambiente atrativo aos investidores que buscam novas oportunidades. Conforme visto, o crescimento em importância da energia térmica – mais cara – em um parque

---

<sup>401</sup> LIMA DA SILVA, Ludimila. The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: < <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

<sup>402</sup> Considerando 33 da Diretiva 2009/72/CE.

<sup>403</sup> Considerando 34 da Diretiva 2009/72/CE.

hidráulico como o brasileiro não é ótimo do ponto de vista econômico, mas deve-se à falta de atrativos para investimentos privados nesse setor.

Conforme pretendeu-se ressaltar durante este estudo, atrair investidores é a melhor forma de manter-se a concorrência e assegurar tarifas mais baixas, sem necessidade de subsídios estatais que podem se tornar insustentáveis no longo prazo<sup>404</sup>.

As regras de separação de propriedade das empresas pertencentes ao setor elétrico da União Europeia, embora recém implementadas, tendem a trazer um funcionamento menos interdependente do mercado e a redução das práticas concertadas inibidoras da concorrência. A despeito de sua validade teórica e de sua invejável ousadia para a concretização do mercado livre (já que representou o desmanche de muitos oligopólios), a mesma encontra-se tão distante da realidade brasileira, onde o mercado todo é dividido entre poucos grupos de investidores, que sua transposição seria utópica. Entretanto, no longo prazo, deveria ser considerado como objetivo a ser perseguido.

Mas, principalmente, da experiência europeia se extrai a importância da atuação da autoridade de concorrência, concomitante às agências reguladoras, seja porque o âmbito do controle pode ser diverso, seja para assegurar a independência daquelas e fiscalizar qualquer possibilidade de captura pelos regulados ou de influências governamentais nas decisões.

A possibilidade de reduzir-se a regulação *ex ante*, ou manter-se exigências mínimas apenas, quando o nível de concorrência houver aumentado, deixando-se o controle primordialmente para o direito comunitário da concorrência, deve ser considerada. A manutenção de um marco regulatório, nos moldes propostos, avulta pesados custos administrativos para a execução direta e indireta deste, a manutenção das agências reguladoras e

---

<sup>404</sup> NEVES, Mateus Machado. Difficulties in expanding hydropower generation in Brazil. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

os gastos com burocracia para as empresas<sup>405</sup>, reduzidos no controle *ex post*, focado em infrações, somente.

No estágio atual de desenvolvimento do mercado interno no setor – dito incompleto –, é essencial que problemas concorrenciais como barreiras à entrada no mercado sejam eficientemente eliminados, ou pelo direito regulatório, ou pelo direito da concorrência, devendo ser evitado justamente que nenhuma das autoridades seja considerada competente de modo que tais questões passem sem tratamento<sup>406</sup>. Mostra-se o modelo de compartilhamento de competências alcançado como o mais adequado para a atual fase do mercado interno de energia na União Europeia, que ainda apresenta dificuldades de ordem técnica para estabelecer-se com segurança.

O aprimoramento do marco regulatório unional mostra-se, no momento, desnecessário, devendo passar-se a uma gradual redução de suas estruturas, por ter-se mostrado o direito da concorrência mais eficiente, neste atual estágio, no controle do mercado. Verifica-se um enfoque das autoridades nacionais no controle do cumprimento das obrigações de serviço público e realização das preocupações ambientais e de potencial energético, conforme demandam os regulamentos e as diretivas no setor, mas divide-se o controle sobre o poder de mercado das empresas, com crescente influência da Comissão Europeia no estabelecimento dos novos rumos na matéria.

Já o cenário brasileiro mostra-se incipiente e anda atualmente na contramão da tendência mundial, promovendo uma re-centralização do planejamento e da atuação no setor. De todo o exposto foi possível vislumbrar, entretanto, que um desenho mais descentralizado de reforma seria não só possível, mas mais adequado às características do sistema energético brasileiro. É preciso ter em conta que a opção totalmente centralizada no Estado, que caracterizou a trajetória da indústria brasileira anterior à reforma

---

<sup>405</sup> SÄCKER, Franz Jürgen; *et. al.* *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008. p. 1328.

<sup>406</sup> KLOTZ, Robert. Applicability of the European Competition Law to Special Areas. In: SCHRÖTER, Helmut; *et. al.* (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002. p. 1363.

de 90, já encontrou seus limites com o esgotamento da capacidade de investimento estatal. Tentar retornar ao passado significa ignorar não só a tendência internacional, mas também os problemas que o setor energético brasileiro já enfrentou<sup>407</sup>. Assim, uma reforma deve ser pensada para que os obstáculos à descentralização sejam superados e esse objetivo de (tão) livre mercado (quanto possível) seja atingido no longo prazo.

---

<sup>407</sup> LIMA DA SILVA, Ludimila. The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da investigação conduzida sobre a liberalização havida na União Europeia no setor de energia elétrica, pode-se averiguar, primeiramente, estar o processo de liberalização em consonância com os objetivos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e ser a sua concretização, de modo efetivo, necessária à conclusão do mercado interno no bloco. A opção feita pela liberalização através de diretivas de harmonização e pela diluição do controle entre autoridades nacionais independentes, conforme visto, teve motivações mais político-históricas do que econômicas, sendo à época incogitável a interferência direta nas empresas do setor pela Comissão Europeia através do direito da concorrência.

No viés regulatório da abertura de mercado, no setor de energia, verificou-se um progressivo detalhamento na regulação pelas diretivas de harmonização, restando ao final, com o último pacote legislativo de 2009, pouca liberdade aos Estados-Membros e às empresas afetas em sua configuração da atividade empresarial. Até então, não se vislumbrava possível a redução do marco regulatório, justamente por não terem as legislações anteriores logrado a exclusão da discriminação no acesso às redes, ou o incentivo suficiente a novos ingressantes no mercado, quiçá a redução de preços da energia no bloco econômico.

Ademais, além de atar a atividade empresarial a exigências mais rígidas em termos de estrutura, o processo de liberalização foi caracterizado por um aumento significativo nas obrigações de serviço público impostas às empresas por força das diretivas europeias. Mais do que uma preocupação com a livre formação de preços e o aumento da competitividade, a regulação setorial buscou assegurar uma harmonização nos Estados-

Membros, em alto patamar, das obrigações de serviço público, obrigações de proteção aos consumidores, de incentivo à sustentabilidade e à eficiência energética, e de garantia de segurança no abastecimento de energia.

Conforme visto, foi possível identificar não só a tentativa de redução dos entraves à livre formação de preços, mas igualmente a ênfase do processo de liberalização na proteção do interesse geral, no intuito de garantir o respeito aos consumidores, ao meio ambiente, e assegurar o abastecimento universal da utilidade. No tocante às obrigações de serviço público, tem-se que a sua importância, neste setor específico, justifica a manutenção do quadro regulatório, neste aspecto, nos termos abrangentes em que se encontra.

Em diversos pontos foram apontados, ao longo do estudo, aspectos positivos da regulação unional, que poderiam servir para inspirar mudanças no modelo brasileiro. Além de alterações esparsas, o que se pretendeu demonstrar no trabalho foi a importância da liberalização do setor, da inserção e zelo pela livre concorrência, e seus benefícios a longo prazo em termos de segurança no abastecimento, balanceamento de fontes, garantia de escolha aos consumidores e redução de preços. O país, entretanto, retorna a uma centralização que já se mostrou falha, e que novamente apresenta desgastes<sup>408</sup>.

Assim como na União Europeia, no Brasil a inserção da concorrência nos setores públicos foi vista, pelos governos que iniciaram a liberalização, não como uma opção governamental, mas mais como uma “ausência de escolha”, dado o inchaço da máquina estatal e a sua incapacidade de sustentar ou subsidiar a expansão necessária da

---

<sup>408</sup> Conforme pondera com precisão Luiz Roberto Barroso: “Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período *liberal*, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do *oficialismo*. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.” BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. p. 34. In: LANDAU, Elena (org.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 29 – 56.

infraestrutura, e o acompanhamento das evoluções tecnológicas. O movimento de re-centralização e re-estatização, iniciado em 2003 e reforçado até o presente, começa, conforme esperado, a dar novos sinais de esgotamento, com a saída de investidores privados e o endividamento das grandes empresas estatais.

Interrompeu-se, assim, no Brasil, um processo de liberalização do setor de energia elétrica do qual hoje poderia se estar já colhendo frutos, como estão os cidadãos da União Europeia. Mais do que regras esparsas, uma política coesa, previsível, voltada à melhor estruturação do setor ao longo prazo, em detrimento de objetivos políticos imediatistas, é o que pode resgatar investimentos no setor e evitar o interminável aporte de recursos públicos no setor, que são necessários para a garantia dos serviços públicos que carecem desse viés econômico. A evolução linear do marco regulatório na União Europeia é um modelo de política apta a trazer benefícios em longo prazo, estruturando uma concorrência saudável.

Na União Europeia, em termos de controle das práticas de mercado, o direito regulatório já se encontra tão abrangente, que para um quarto pacote de medidas legislativas parece não haver espaço. A regulação é atualmente tão extensa que uma maior enrijecimento significaria a quase inexistência de liberdade aos Estados-Membros e aos empresários, podendo gerar desincentivo. Espera-se, por essa razão e conforme demonstrado no último capítulo, a manutenção por hora do espectro legislativo como se encontra, com o reforço do direito comunitário da concorrência para a conclusão do projeto de mercado interno da energia.

De outro lado, propiciando o estabelecimento de bases comuns nos Estados-Membros, assim como a harmonização de conceitos e obrigações das empresas do setor, o estabelecimento do marco regulatório possibilitou a aplicação das normas de concorrência pela Comissão Europeia às empresas do setor, até então não cogitado. A partir de então, entretanto, a Comissão tem estado atenta e mobilizado esforços no combate aos abusos das empresas detentoras de posição dominante, preferencialmente pela conjugação de

acordos, cuja observância é igualmente fiscalizada pelas autoridades reguladoras nacionais.

Em vista da bifurcação entre a busca pela livre formação de preços e a busca pela garantia dos demais objetivos concretizados nas diretivas, e tendo sido verificada, nos inquéritos do setor, a ineficiência da regulação setorial para garantir sozinha a redução de entraves à livre concorrência, vislumbra-se as vantagens de legar-se essa primeira tarefa referida à política de concorrência, sem olvidar o cumprimento de sua função em relação à garantia de obrigações de serviço público.

A investigação conduzida, portanto, permitiu argumentar em favor de ampliar-se a aplicação do direito da concorrência no setor para terminar a liberalização do mercado e assegurar a manutenção dos benefícios já logrados pela regulação setorial, focando a atuação das autoridades reguladoras nacionais no acompanhamento do cumprimento das obrigações de serviço público, essenciais no setor em questão.

Para o Brasil, esta experiência demonstra a complementaridade do direito regulatório e do direito da concorrência e a importância de uma atuação proativa da autoridade de concorrência neste setor. O contínuo afastamento da livre concorrência, com a mitigação dos contratos bilaterais em ambiente livre, não deve ser motivo para afastar o controle concorrencial, de matriz constitucional.

Em suma, pretendeu-se ressaltar, no presente estudo, os benefícios da inserção da concorrência ao setor de energia elétrica, e a possibilidade de manutenção desta ao lado das garantias necessárias aos consumidores em termos de obrigações de serviço público, como preços médios, segurança no abastecimento e incentivos às fontes renováveis. É, todavia, um projeto que, conforme visto, demanda planejamento de longo prazo e constante aprimoramento e controle para evitar o abuso de poder das grandes empresas e as conseqüentes distorções de mercado.

## REFERÊNCIAS

- ALBERS, Michael. The new EU Directives on Energy Liberalization from a Competition Point of View. *In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 41-58.
- ANTUNES, Flávia Mesquita. *A institucionalização do Modelo Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro – O Caso das Distribuidoras de Energia Elétrica*. 2006. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Faculdade de Administração, Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < [http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao\\_Flavia\\_Mesquita.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao_Flavia_Mesquita.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- APARICIO, Alicia Arroyo. La aplicación descentralizada de los artículos 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE nº 1/2003. GALÁN, Juan Ignacio Font; ABAD, Manuel Pino; OLIVENCIA, Manuel (orgs). *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico*. *In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BALBINOTTI, Franciele. *O regime jurídico das atividades envolvidas na prestação do serviço público de energia elétrica*. 2011. Monografia de Pós-Graduação (Especialização em Direito Administrativo) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba, 2011. Disponível em: < [http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia\\_Pos\\_Graduacao\\_Franciele\\_Balbinotti.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Franciele_Balbinotti.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- BAETGE, Dietmar. *Globalisierung des Wettbewerbsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *In: LANDAU, Elena (org.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 29 – 56.

- BASEDOW, Jürgen; BAUM, Harald, KANDA, Hideki, KONO, Toshiyuki (orgs). *Economic Regulation and Competition*. Haia: Kluwer Law International, 2004.
- BAUR, Jürgen F.; PRITZSCHE, Kai; SIMON, Stefan (orgs). *Unbundling in der Energiewirtschaft*. Colônia: Carl-Heymanns, 2006.
- BEESELEY, M. E. *Privatization, regulation and deregulation*. 2ª ed. New York: Routledge, 1997.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova prova, 2006.
- BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. *In: MOLL, Luiza Helena (Org.). Agências de Regulação do Mercado*. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2002.
- CÂMARA BRASILEIRA DE INVESTIDORES EM ENERGIA ELÉTRICA. *Obstáculos ao Investimento no Setor Elétrico*. Seminário CEPAL/BNDS, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.cepal.org/ddpe/noticias/noticias/8/20818/CBIEE%20Obstaculos%20ao%20investimento%20no%20setor%20el%C3%A9trico.pdf>>. Consulta em 04/02/214.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e Direito Administrativo – O Estado e o Poder Econômico*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.
- CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford: University Press, 2005.
- CAMPELLO, Dyle. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul*. São Paulo: Renovar, 2001.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política – a história que eu vivi*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- COASE, R.H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (Oct.,1960), pp. 1 – 44.
- CONRADO, Régis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação dos serviços*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Addison Wesley, 2008.
- DANNA, Daniel. *Perspectives of mergers and acquisitions in electrical energy distribution companies*. Publicado no âmbito do Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DERUYTTER, Thomas; GELDHOF, Wouter, VANDENDRIESSCHE, Frederik. Public Service Obligations in the Electricity and Gas Markets. In: DELVAUX, Bram.; HUNT, Michaël; TALUS, Kim. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2011. p. 63-95.
- DEMSETZ, Harold. The Exchange and Enforcement of Property Rights. *The Journal of Law and Economics*, Vol. 7, (Oct., 1964), p. 11-26.
- DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- EBERLEIN, Burkard. Regulation by Cooperation: The 'third way' in making rules for the internal energy market. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 59-85.
- ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- EURELECTRIC WORKING GROUP PUBLIC SERVICE. *EURELECTRIC Report on Public service Obligations*, fevereiro de 2004. Disponível online em <<http://www.eurelectric.org/Download/Download.aspx?DocumentID=14841>>. Consulta em 12.05.2013.
- FABRIS, Fernando Smith. *Concentrações empresariais e o mercado relevante*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- FAROSS, Peter. Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gaswirtschaft – Stand und Perspektiven. In: IMMENGA, Ulrich; SCHWINTOWSKI, Hans-Peter; QUACK, Ulrich (orgs). *Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-baden, 2003. p. 33-65.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

- FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FREITAS E SILVA, João Odilon. *Alocação de custos de congestionamento em redes de transmissão de energia elétrica baseada no princípio do usuário-pagador*. Brasília, 2008. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) - Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- GÄRTDITZ, Klaus Ferdinand. Regulierungsrechtliche Grundfragen des Legislativpakets. In: LÖWER, Wolfgang (org). *Neuere europäische Vorgaben für den Energiebinnenmarkt*. Bonn: V&R Unipress, 2010. p. 23 – 57.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRUNWALD, Jürgen. *Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften*. Berlin: De Gruyter, 2003.
- DE HAUTECLOQUE, Adrien; TALUS, Kim. Capacity to compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks. In: CAMERON, Peter. *Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 205-234.
- HOLZER, Verena Leila. *Europäische und Deutsche Energiepolitik*. Nomos, Baden-Baden, 2007.
- IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht. Teil 1*. 4. ed. München: C.H. Beck, 2006.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência – na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. Comunitarização do Direito Internacional Privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo (Orgs.). *Direitos fundamentais e cidadania: a busca pela efetividade*. Campinas: Millennium, 2013. p. 131-156.

- \_\_\_\_\_. Novidades na regulamentação das ajudas públicas no direito comunitário da concorrência. *Boletín latino-americano de competencia*, n. 26. Bruxelas, nov. 2009.
- \_\_\_\_\_. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 14, p. 11-43, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Serviço público no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público e da Economia*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 143 – 169, jul./set. 2004.
- JUSTEN NETO, Marçal. Defesa da concorrência no setor de energia elétrica - o termo de compromisso de cooperação institucional entre ANEEL, CADE, SDE e SEAE. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 42, agosto 2010. Disponível em <<http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=42&artigo=459>>. Consulta em 20/08/2013.
- LIMA DA SILVA, Ludimila. *The Electricity Generation Sector in Brazil: The perception of regulatory and environmental risk*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.
- LOSEKANN, Luciano Dias. *Reestruturação do setor elétrico brasileiro: Coordenação e Concorrência*. 2003. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.nuca.ie.ufrj.br/furnas/losekann.pdf>>. Consulta em 04/01/2014.
- LOSS, Giovani Ribeiro. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher; CASTRO, Marcus Faro (Orgs.). *Direito da Energia Elétrica no Brasil*. Brasília: UNB, 2010.
- MAES, Tom. The Energy Regulators' Core Competence: Network Tariff Setting. In: DELVAUX, Bram.; HUNT, Michaël; TALUS, Kim. (orgs). *EU energy law and policy issues*. Vol. 3. Antwerp: Intersentia, 2012. p. 123-143.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MINISTERIO DE MINAS E ENERGIA, Departamento de monitoramento do Sistema Elétrico. Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico Brasileiro – Novembro/2013. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim\\_mensal\\_DMSE/Boletim\\_de\\_Monitoramento\\_do\\_Sistema\\_Eltrico\\_-\\_Novembro-2013.pdf](http://www.mme.gov.br/see/galerias/arquivos/Publicacoes/Boletim_mensal_DMSE/Boletim_de_Monitoramento_do_Sistema_Eltrico_-_Novembro-2013.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- MIRAGEM, Bruno, *Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira*. *In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- MORAES, Ricardo Leal de. *Regulação e concorrência nas telecomunicações da União Europeia: evoluções e perspectivas em busca de um mercado interno no setor*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com>>. Consulta em 27/07/2013.
- MUKHIGULISHVILI, George. *Competition and Monopoly in Internal Energy Markets*. Artigo disponível em <[http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20\(1\).pdf](http://eapnationalplatform.ge/admin/editor/uploads/files/publications/Competition%20and%20monopoly%20in%20internal%20energy%20markets%20(1).pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- MÜLLER-GRAF, Peter-Christian; SCHWARZE, Jürgen (orgs). *Neues Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2011.
- MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.
- REGO, Erik Eduardo. *Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado: aspectos conceituais, metodológicos e suas aplicações*. Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- OLIVIER, Mach; MERCIER, Pierre; GILLIÉRON, Hubert; AFFOLTER, Simon. *Grands principes du droit de la concurrence*. Dossier de droit européen, nº 7. Bruylant: Halbing & Lichtenhahn, 1999.
- PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação de Serviços Públicos*. Publicação da Sociedade Brasileira de Direito Público, outubro de 2001. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=5](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=5)>. Consulta em 03/02/2014.
- PIMENTA, André Patrus Ayres. *Serviços de energia elétrica explorados em regime jurídico de direito privado*. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus\\_Andre\\_Servicos.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Patrus_Andre_Servicos.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- PINTO, Bibiana Graeff Chagas. *La gestion des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau: etude comparée en droit français et brésilien*. Tese apresentada para a obtenção do grau de doutorado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.
- PINTO, Gabriel Moreira; NASCIMENTO, Acácio. *Aprofundando o diálogo sobre as novas perspectivas da ANEEL e do SUPERCADÉ na análise de operações societárias no Setor Elétrico*. Artigo disponibilizado online em 2012. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo\\_Gabriel\\_Acacio\\_Canal\\_Energia.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Gabriel_Acacio_Canal_Energia.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Natural Monopoly and its Regulation*. Washington: CATO Institute, 1999.
- \_\_\_\_\_. The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, vol. 83, n. 4 (ago., 1975), p. 807 – 828.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: ATICA, 2000.
- REGO, Erik Eduardo. *Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado: aspectos conceituais, metodológicos e suas aplicações*. 2012. Tese (Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/abertura.cfm>>. Consulta em 04/02/2014.
- SÄCKER, Franz Jürgen; MONTAG, Frank; HIRSCH, Günther. *Competition Law: European Community Practice and Procedure*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de Direito da Energia- Tomo I*. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.
- SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. Modelo Institucional do Setor Energético Brasileiro para Novos Investidores. In: ZIMMERMANN, Lucia Vidigal (coord.). *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: LTr, 2012. p. 111 – 132.
- SANTOS, Hermílio. Elementos para uma análise do estado contemporâneo: em torno das políticas públicas. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- SCHRÖTER, Helmuth; KLOTZ, Robert; JAKOB, Thinam; MEDERER, Wolfgang (orgs). *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*. Baden-baden: Nomos, 2002.
- SCHULENBERG, Sebastian. *Die Energiepolitik der Europäischen Union*. Baden-baden: Nomos, 2010.
- SILVA, Fabio Stacke. *Making competition qith renewable power plants in Brazilian electric energy market*. Publicado no âmbito do XXVII Minerva Program, Institut of Brazilian Issues. Washington DC, 2010. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo\\_Fabio\\_Stacke.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Artigo_Fabio_Stacke.pdf)>. Consulta em 04/02/2014.
- SILVA, Helen Christian. *Impacto da Conexão de Produtores Independentes de Energia no Congestionamento de Redes de Transmissão*. 2007. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Engenharia Elétrica da Pontífice Universidade Católica de Minas, Belo Horizonte, 2007.
- SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste: Aspectos Internacionais*. Curitiba, Juruá, 2006.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Madras, 2009.
- STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. 6.ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- TERRY, Leslie Afrânio. *Monopólio natural na geração e transmissão no sistema elétrico brasileiro*. Rio de Janeiro: ILUMINA, 2003.
- TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito e Economia*. São Paulo: Thomson IOB, 2005.
- THEOBALD, Christian; NILL-THEOBALD, Christiane. *Grundzüge des Energiewirtschaftsrecht*. München: C.H. Beck, 2001.

TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, 5:3 (Jun., 1967), p. 224 – 232.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de dezembro de 2000, contém, no artigo 36, o compromisso de garantir acesso aos atualmente denominados serviços de interesse econômico geral*. Publicada no Jornal Oficial C-364, de 18.12.2000.

UNIÃO EUROPEIA. *Decisão 98/181/CE, CEECA e Euratom do Conselho e da Comissão, de 23 de Setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aos aspectos ambientais associados*. Publicado no Jornal Oficial L 69 de 09.03.1998.

UNIÃO EUROPEIA. *Acta Final da Conferência da Carta Europeia da Energia*. Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L 380/24, de 31.12.1994. Texto disponível na íntegra em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1994:380:0024:0088:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Verde sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 21.5.2003. COM(2003) 270 final.

\_\_\_\_\_. *Livro Branco sobre serviços de interesse econômico geral*. Bruxelas, 12.5.2004. COM(2004) 374 final.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre a Política de Concorrência 2012*. Bruxelas, 7.5.2013. COM (2013) 257 final.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre a Política de Concorrência 2011*. Bruxelas, 30.5.2012 COM(2012) 253 final.

\_\_\_\_\_. *Relatório sobre política de concorrência 2010*. Bruxelas, 10.6.2011, COM(2011) 328 final.

\_\_\_\_\_. *XXXII relatório sobre a política de concorrência: 2000*. Luxemburgo: Spoce, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse econômico geral*. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 11.1.2012. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:008:0004:0014:PT:PDF>>. Consulta em 07/4/2013.

\_\_\_\_\_. *Comunicado IP 04/1310, de 26/10/2004*. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-04-1310\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-1310_en.htm?locale=en)>. Consulta em 07/4/2013.

- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicado IP/09/1099, de 08/07/2009*. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-09-1099\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1099_en.htm)>. Consulta em 07/4/2013.
- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicado IP/02/792, de 31 de maio de 2002*. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-792\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-792_pt.htm)>. Consulta em 07/04/2013.
- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicado IP/01/1641 de 23 de novembro de 2001*. Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-1641\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-1641_pt.htm)>. Consulta em 07/04/2013.
- 
- \_\_\_\_\_. *Livro Verde "Para uma estratégia europeia de segurança do aprovisionamento energético"*. COM(2000) 769 final, não publicado no Jornal Oficial. Disponível no idioma inglês em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0769:EN:HTML>>. Consulta em 07/4/2013.
- 
- \_\_\_\_\_. *Decisão 2003/796/CE, de 11 de Novembro de 2003, que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás*. Publicação oficial em 14,11,2003, L 296/34.
- 
- \_\_\_\_\_. *Inquérito nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 sobre os sectores europeus do gás e da electricidade (relatório final)*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 851 final, não publicado no jornal oficial.
- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Perspectivas para o mercado interno do gás e da electricidade*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 841 final.
- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Uma política energética para a Europa*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2007) 1 final.
- 
- \_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Os serviços de interesse geral na Europa*. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 281, 26 set. 1996.
- 
- \_\_\_\_\_. *Diretiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de novembro de 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas*. Publicada no Diário Oficial das Comunidades Europeias nº L318/17, em 17.11.2006. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0111:PT:NOT>>. Consulta em 10.03.2013
- 
- \_\_\_\_\_. *Diretiva 94/46/CE da Comissão, de 13 de Outubro de 1994, que altera as Diretivas 88/301/CEE e 90/388/CEE em especial no que diz*

*respeito às comunicações por satélite*. Publicada no Jornal Oficial nº L268/15, em 19.10.1994. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0046:PT:HTML>>. Consulta em 10.03.2013.

\_\_\_\_\_. *Código de Boas Práticas para a condução dos procedimentos de controlo dos auxílios estatais*. Publicado no Jornal Oficial C 136 de 16.6.2009. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:136:0013:0020:PT:PDF>>. Consulta em 03/09/2013.

\_\_\_\_\_. *Diretiva 80/723/CEE relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas*. Publicada no Jornal Oficial nº L 195 de 29/07/1980.

\_\_\_\_\_. *Communication “The internal energy market”*. COM (88) 238 final, 2 de maio de 1988.

\_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho Europeu: Perspectivas para o mercado interno do gás e da eletricidade*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2006) 841 final.

\_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho Europeu: Uma política energética para a Europa*. Bruxelas, 10.1.2007, COM(2007) 1 final.

\_\_\_\_\_. *Decisão da Comissão 2003/796/CE, de 11 de Novembro de 2003, que estabelece o grupo europeu de reguladores da electricidade e do gás*. Publicação oficial em 14.11.2003, L 296/34.

\_\_\_\_\_. *Community framework for State aid in the form of public service compensation*, C297/4, Jornal Oficial de 29.11.2005. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:297:0004:0007:EN:PDF>>. Consulta em 15 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. *Comunicação da Comissão para o Conselho e Parlamento Europeus: Estado da liberalização dos mercados de energia*. COM (1998) 212 final, de 7 de abril de 1998.

CONSELHOR EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2006/95/CE de 12 de Dezembro de 2006 relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros no domínio do material eléctrico destinado a ser utilizado dentro de certos limites de tensão*. Publicada no Jornal Oficial L 374, de 27.12.2006.

\_\_\_\_\_. *Diretiva 96/92/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade*. JO n. L027 de 30/01/1997, p. 20-29.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 90/377/CEE que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade.* Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L185/16, em 17.7.1990. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1990:185:0016:0024:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 90/547/CEE relativa ao trânsito de eletricidade nas grandes redes.* Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L313/30, em 13.11.1990. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1990:313:0030:0033:PT:PDF>>.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 92/13/EWG relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.* Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº L76/14, em 23.03.1992. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0013:20070101:PT:PDF>>. Consulta em 09.03.2013.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 96/92/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade.* JO n. L027 de 30/01/1997, p. 20-29. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0092:PT:HTML>>.

---

\_\_\_\_\_. *Regulamento (CE) n. 1228/2003 de 26 de junho de 2003 relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade.* Jornal Oficial da União Europeia, L 176/1, 15.7.2003.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 2003/54/CE de 26 de junho de 2003 que estabelece regras comuns para o mercado interno de energia e que revoga a Directiva 96/92/CE.* JO L176/37, de 15.7.2003.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 2009/72/CE que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE.* Jornal Oficial de 14.8.2009, L211/55.

---

\_\_\_\_\_. *Diretiva 2008/92/CE que estabelece um processo comunitário que assegure a transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade (reformulação).* Jornal Oficial de 7.11.2008, L298/9.

---

\_\_\_\_\_. *Regulamento 715/2009 relativo às condições de acesso às redes de transporte de gás natural e que revoga o Regulamento (CE) n.o1775/2005.* Jornal Oficial de 14.8.2009, L211/36.

\_\_\_\_\_. *Regulamento 713/2009* que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia Texto relevante para efeitos do EEE. Jornal Oficial nº L 211 de 14/08/2009.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de Julho de 2007, sobre as perspectivas do mercado interno do gás e da electricidade (2007/2089(INI))*. Publicado no Jornal Oficial em 10.7.2008, C 175 E/206.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). *Empirical evidence of the benefits from applying competition law and policy principles to economic development in order to attain greater efficiency in international trade and development*. TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1. July, 1998. Disponível em <<http://unctad.org/en/Docs/c2emd10r1.en.pdf>> Consulta em 27 de junho de 2013.

VAN DEN BERGH, Caroline. The Relationship between sector specific regulation and competition law in the energy sector. *In: CAMERON, Peter. Legal Aspects of EU Energy Regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas across Europe*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 183 – 204.

VAN DEN BERGH, Roger J., CAMESASCA, Peter D. *European Competition Law and Economics*. Antwerpen: Intersentia, 2001.

WEISS, Wolfgang. Das Verhältnis von Wettbewerb und Daseinsvorsorge nach Lissabon. *Europarecht-Beiheft*, n. 2, 2011. p. 47 – 70.