

**INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE**  
**PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DE DIREITO POLÍTICO E**  
**ECONÔMICO**

**DOS LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DA ANEEL**

**Ana Paula Cordeiro Duarte**

**São Paulo**  
**2015**

**INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE**  
**PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU DE DIREITO POLÍTICO E**  
**ECONÔMICO**

**DOS LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DA ANEEL**

**Ana Paula Cordeiro Duarte**

**TIA: 7131561-6**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Professora Doutora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka.

**São Paulo**

**2015**

D812L Duarte, Ana Paula Cordeiro

Dos limites das atribuições da ANEEL – Ana Paula  
Cordeiro Duarte. 2015.

190 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político Econômico -  
Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015.

**ANA PAULA CORDEIRO DUARTE**

**TIA: 7131561-6**

**DOS LIMITES DAS ATRIBUIÇÕES DA ANEEL**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Doutora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka - Orientadora  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professor Doutor Vicente Bagnoli  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professor Doutor Marco Antônio Ribeiro Tura  
Escola Superior do Ministério Público da União

*Dedico esse trabalho ao meu marido pelo apoio em todos os momentos; a minha família por estar ao meu lado sempre; e aos meus amigos pelo incentivo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiro agradeço a Deus por ter me dado sabedoria, discernimento e tranquilidade para que eu pudesse acreditar e dar continuidade aos meus objetivos e sonhos.

A minha orientadora, Professora Doutora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, pela paciência e por despender horas de seu precioso tempo para tirar minhas dúvidas e me auxiliar na elaboração desta pesquisa.

Ao meu esposo que sempre está ao meu lado, me apoiando e acreditando no meu potencial.

Aos meus pais e ao meu irmão que sempre me incentivam nos estudos e são a base para eu chegar até aqui.

A todos os meus amigos que sempre me animam e me dão força para continuar e por compreenderem a minha ausência em alguns momentos.

Agradeço, ainda, aos meus professores do Mackenzie, sejam os da graduação, sejam os da especialização e, principalmente, aos do mestrado, pois foram eles que me ensinaram a amar o Direito, bem como a necessidade de aprender e pesquisar cada vez mais.

Por fim agradeço aos meus familiares, que me apoiam em todas as decisões e estão sempre me incentivando a seguir com a minha carreira acadêmica.

## RESUMO

A presente pesquisa trata dos limites das atribuições da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL como ente regulador, tendo em vista a possibilidade de existência de conflito ou decisões divergentes em razão das atribuições conferidas à ANEEL, a outros entes públicos da Administração Pública Indireta e à Administração Pública Direta. Para tanto, buscou-se analisar as razões para o surgimento da regulação no Brasil, o surgimento das agências reguladoras e os objetivos pelos quais referidos entes foram criados e o seu desenvolvimento. Buscou-se, ainda, entender as funções desempenhadas pelas agências reguladoras no exercício de suas atividades e a estruturação do setor elétrico com a consequente regulação do setor e criação da ANEEL, bem como as funções, principais atividades e as atribuições do referido ente. Por fim, foram analisadas algumas atribuições da ANEEL, cujos limites são questionados, tendo em vista serem atribuições similares a de outros entes, o que poderia gerar ou não um conflito ou decisões divergentes no exercício das atividades e atuação desses entes.

**Palavras-chave:** ANEEL; limites; atribuições; CADE; Poder Judiciário; e licitações.

## **ABSTRACT**

This research deals with the limits of the powers of the National Electric Energy Agency – ANEEL as authority regulator, in view of the possibility of existence of conflict or divergent decisions on the grounds of the tasks conferred to ANEEL, the other public entities of Public Administration Public indirect and direct. For this purpose, sought to analyze the reasons for the emergence of regulation in Brazil, the rise of regulatory agencies and the purpose for which these ones were created and their development. It also sought to understand the functions performed by regulatory agencies in the exercise of their activities and structure of the electricity sector and the consequent adjustment of the sector and creation of ANEEL, as well as the functions, key activities and assignments of that entity. Finally, a few assignments were analyzed by ANEEL, whose limits are questioned in order to be assignments similar to other ones, which could generate a conflict or divergent decisions on the exercise of the activities and performance of these ones.

**Keywords:** ANEEL; limits; assignments; CADE; Court; and bids.



## ABREVIATURA E SIGLAS

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

AGER – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso

AGEPAN – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul

AMFORP – *American and Foreign Power Company*

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo

APA – *Administrative Procedural Act*

ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará

ARCON – Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos no Estado do Pará

AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul

AGESC – Agência Reguladora de Serviços de Santa Catarina

AGR – Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços

ARPB – Agência de Regulação do Estado da Paraíba

ARPE – Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco

ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas

ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte

ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CCPE – Comitê Coordenador de Planejamento da Expansão do Sistema Elétrico

CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNAEE - Conselho Nacional de Águas e Energia

CNPE – Conselho Nacional de Energia Elétrica

DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

DPDE – Departamento de Proteção e Defesa Econômica

ECOSOC – Conselho Econômico Social

EPE – Empresa de pesquisa Energética

FTC – *Federal Trade Commission*

INTOSAI – Organização Internacional das Instituições Superiores

ICC – *Interstate Commerce Commission*

MAE – Mercado Atacadista de Energia

MME – Ministério de Minas e Energia

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

PND – Programa Nacional de Desestatização

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SIN – Sistema Interligado Nacional

SMA – Superintendência de Mediação Administrativa e Setorial

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
1. DA NECESSIDADE DA REGULAÇÃO E SEUS PRINCIPAIS OBJETIVOS .....	18
2. DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	28
3. CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	46
3.1 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	53
3.2 GESTÃO E CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	58
4. EVOLUÇÃO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL E A CONSEQUENTE NECESSIDADE DE REGULAÇÃO .....	67
4.1 ANEEL: CRIAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....	79
4.2 ATRIBUIÇÕES E ESTRUTURA DA ANEEL.....	95
5. CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES DA ANEEL .....	102
5.1 ANEEL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	103
5.2 PROMOÇÃO DE PROCESSOS LICITATÓRIOS PELA ANEEL .....	130
5.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS ENTES REGULADOS.....	147
CONCLUSÃO .....	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	175

## INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca dos limites das atribuições que foram conferidas às agências reguladoras. Isso porque as agências possuem competência para regular, fiscalizar e controlar determinados setores de responsabilidade da Administração Pública Direta e que muitas vezes é delegado a terceiros em razão de autorização, permissão ou concessão da prestação de serviço público.

Considera-se o referido tema relevante, em razão da responsabilidade das agências reguladoras no exercício de funções antes exercidas em sua maioria pelo Estado, regulando serviços considerados essenciais à sociedade, como é o caso da energia elétrica, transportes, rodovias, e até mesmo a telefonia.

Antes de analisar a questão do surgimento das agências reguladoras, suas características e finalidade, é necessário entender o que é a Regulação em si e quais os seus objetivos, para só assim compreender as razões da criação desses entes.

É, ainda, importante entender se de fato os atos praticados pelas agências reguladoras encontram-se neutralizados de qualquer influência política ou mesmo dos entes regulados, de forma que possam agir em benefício da sociedade e não com base no interesse político ou de entes privados que exercem o papel de agentes regulados.

Em que pese a pesquisa apresentar o conceito geral de agências reguladoras, seu foco principal será a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, suas atribuições e os limites do exercício de algumas funções que lhe foram conferidas por meio da Lei nº 9.427/96 quando de sua instituição, tendo

em vista tratar-se da primeira agência reguladora do Brasil criada com o objetivo de regular e fiscalizar o setor elétrico, que durante muitos anos não possuiu qualquer forma de regulação e controle.

Outrossim, a ANEEL possui algumas características que a diferencia de outras agências, principalmente no que diz respeito às suas atribuições. Algumas atribuições que lhe foram conferidas podem dar causa a conflito com outros entes que também fazem parte da Administração Pública Indireta, ou talvez, com a Administração Pública Direta.

A título de exemplo temos os possíveis conflitos de interesses que podem existir com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que também é uma autarquia federal, criada em 1962, antes mesmo da ANEEL e demais agências reguladoras ao se tratar da atuação da ANEEL quando o assunto é concorrência; com a Administração Pública Direta quando essa exerce o papel de Poder Concedente nos termos do art. 175 da Constituição Federal, em relação à competência da ANEEL para licitar com a finalidade de atender ao mercado de energia elétrica ou, ainda, com as concessionárias, autorizadas e permissionárias, que também possuem competência para licitar em caso de atendimento ao mercado de energia; e por fim, com o Poder Judiciário, já que a ANEEL tem competência para dirimir conflitos no âmbito administrativo e suas decisões, no que diz respeito às questões técnicas e de mérito, inicialmente, não seriam passíveis de revisão pelo Judiciário.

Para tanto será analisada, a necessidade da regulação para o desenvolvimento econômico do país, bem como o surgimento das agências reguladoras e o início de sua atuação no Brasil, bem como suas principais características e funções.

Sabe-se que as agências reguladoras surgiram como forma de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, sendo que o seu ápice se deu pós Segunda Guerra Mundial, ocasião em que a crise econômico-financeira era mundial.<sup>1</sup>

Os países que sofreram com a guerra estavam se reestruturando e o Estado sozinho não se encontrava em condições de se manter e regular todos os setores, se tornando indispensável a transmissão desse poder a terceiros com a conseqüente criação de entes reguladores que pudessem lhe dar o devido suporte.<sup>2</sup>

Outra situação que deve ser considerada para a criação das agências reguladoras foi a reforma econômico-financeira, como no caso do Brasil.

Assim, uma das formas de reestruturação, principalmente dos setores de infraestrutura, foi a criação das chamadas agências reguladoras, de forma que essas pudessem regular setores específicos, de maneira autônoma e independente do Estado.

Muito embora as agências reguladoras tenham sido criadas há muitos anos em outros países, no tocante ao Brasil, as agências somente se destacaram em meados de 1990, durante o Governo Collor e, posteriormente, o de Fernando Henrique Cardoso, tendo em vista as desestatizações e privatizações dos serviços públicos<sup>3</sup>, razão pela qual se estudará o início da atuação desses entes no Brasil.

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2006. pp. 69 e 70.

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p.70

<sup>3</sup> A partir do modelo jurídico-institucional das três primeiras agências criadas em meados dos anos 1990, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), outras sete agências federais e vinte e três agências estaduais foram implementadas. (NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. Agências Reguladoras no Brasil. Observatório Universitário. Documento de Trabalho nº 65. Janeiro,2007. p.5)

Será analisada, ainda, a forma de controle das agências reguladoras, até para que se possa entender a sua finalidade e algumas limitações às quais esses entes podem ser submetidos.

Por conseguinte será objeto de análise da pesquisa a evolução do setor elétrico para facilitar o entendimento da regulação do setor e sua estruturação até à criação da ANEEL.

A ANEEL possui características e peculiaridades que a diferencia das demais agências, razão pela qual serão estudadas essas características e atribuições com o fim de entender os seus objetivos e se esses observam os ditames estabelecidos aos entes reguladores, de forma a atender a finalidade pela qual as agências foram criadas.

Por fim, serão analisadas algumas atribuições da ANEEL em específico, que geram discussões em relação ao conflito de competência com outros entes públicos e com a Administração Pública Direta.

Dessa forma, verifica-se a importância da análise e estudo do referido tema para o fim de compreender se de fato existem ou não limites entre as atribuições conferidas à ANEEL como agência reguladora e entes vinculados ao Poder Público e se, de alguma forma, a ausência de limites pode gerar conflito e ser prejudicial à atuação da ANEEL.

A hipótese concreta da presente pesquisa versa sobre a ausência de limites e/ou limitações expressas na legislação ordinária que instituiu a ANEEL, ao tratar de suas atribuições como entidade reguladora, seja em relação a outros entes reguladores, como é o caso do CADE, seja em quanto à Administração Pública Direta no que diz respeito à realização de atos



licitatórios e/ou até mesmo com o Poder Judiciário quando o assunto é o controle das decisões proferidas pela ANEEL.

A Linha de pesquisa a qual se vincula a presente pesquisa é o Poder Econômico e seus Limites Jurídicos, visto que cabe ao Estado decidir, pelos meios legislativos próprios quanto à transmissão a entidades privadas a prestação do serviço público e, conseqüentemente, instituir entes autônomos e independentes para a regulação desses setores.

O fato de o Poder Público delegar por meio de concessão, autorização ou permissão a prestação do serviço público e instituir entes reguladores para regular, fiscalizar e manter um equilíbrio sobre o setor regulado, não significou uma ruptura do Estado em relação a esses serviços, mas sim uma maneira que o Estado encontrou para intervir no domínio econômico mesmo que de forma indireta, porém mantendo sob o seu controle os atos praticados por esses agentes econômicos.

A regulação conferida ao Estado pelo art. 174 da Constituição Federal passa a ser realizada pelas agências reguladoras como forma de descentralização do poder do Estado.

Dessa forma, considerando-se que o tema objeto de pesquisa irá (i) analisar as mudanças político-econômicas que geraram na alteração da forma de regulação por parte do Estado; (ii) a origem das agências reguladoras e suas principais características; (iii) a estrutura do setor elétrico, sua formação e a conseqüente criação da ANEEL; e (iv) os limites da atuação desse ente em relação às atribuições a ele conferidas pela legislação ordinária, verifica-se a relação entre o tema objeto da presente pesquisa e a linha de pesquisa relacionada ao Poder Econômico e seus Limites Jurídicos.

## 1. DA NECESSIDADE DA REGULAÇÃO E SEUS PRINCIPAIS OBJETIVOS

Ao se tratar da questão da regulação no sistema brasileiro, inicialmente tem-se a concepção quanto ao ideal do Estado em atuar tanto na ingerência das atividades econômicas de forma direta, quanto a sua participação de forma indireta fiscalizando as atividades dos particulares.<sup>4</sup>

Nesse sentido afirma Salomão Filho<sup>5</sup> que o termo regulação e toda influência ao sistema brasileiro é bastante ampla, visto que:

Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia. A concepção ampla justifica-se pelas mesmas razões invocadas acima. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa.

O autor explica que tanto a Escola do Interesse Público quanto a Escola Neoclássica da Regulação procuraram estudar o funcionamento do Estado na economia.<sup>6</sup>

A Escola de Interesse Público, como relata Salomão Filho, não está relacionada com a preservação do mercado, mas sim com a busca do bem público, que ora possuirá uma definição política, ora econômica, não sendo

---

<sup>4</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 9788574208398. p. 19.

<sup>5</sup> *Ibidem*. p.21.

<sup>6</sup> “Tendo em vista a ampla definição de *regulação* apresentada, é possível revisitar ambas as escolas que tradicionalmente procuram estudar o funcionamento do Estado na economia, analisando-as criticamente dentro de um mesmo espectro teórico. Esse estudo é – repita-se – o único que permite uma análise crítica das tendências hoje mais influentes no ordenamento estatal brasileiro, e requer, portanto, abordagem acurada, sistemática e principiológica, exatamente para servir de contraponto às doutrinas excessivamente economicistas que nos têm invadido. Essas duas escolas são, respectivamente, a *Escola do Interesse Público* e a *Escola Neoclássica* da regulação.” (*Ibidem*. pp. 22 e 23.)

possível definir o interesse público em si, razão pela qual, no Brasil essa escola estaria identificada como Escola do Serviço Público.<sup>7</sup>

Já a Escola Neoclássica ou Econômica da regulação nega qualquer fundamento de interesse público na regulação e afirma o objetivo de substituição ou correção do mercado por meio da regulação.<sup>8</sup>

Relata, ainda, Salomão Filho que a Escola Neoclássica trouxe um conceito muito mais pessimista da teoria da captura<sup>9</sup> que a Escola do Serviço Público, visto que, segundo a referida escola, o interesse privado acaba sempre sobrepondo o interesse público já que as agências reguladoras se sujeitam às influências dos entes regulados conforme é possível notar nas palavras do autor<sup>10</sup>:

Esse início bem neoliberal de reflexão teórica a respeito da teoria da regulação influencia todo o seu desenvolvimento posterior. Em um primeiro momento, enquanto ainda não é possível criticar o próprio movimento regulatório, orienta-o decisivamente para uma lógica de mercado.

Assim, toda a lógica do raciocínio e da aplicação do direito regulatório direciona-se para a correção e reprodução aperfeiçoada dos efeitos de mercado. Forma-se ao longo dos anos, na doutrina e na experiência aplicativa concreta, uma farta casuística a respeito da regulação. Essa casuística aparentemente não é guiada por princípio algum, a ponto de a doutrina relevante entender que a justificativa da regulação deve ser buscada nas relações (do tipo quase que contratual) entre regulador e regulado.

O ponto comum e sistematizador dessa casuística, no entanto, existe, e está exatamente na crença na possibilidade de reprodução das condições de mercado através da agência regulatória naqueles setores em que essas condições não podem ser produzidas naturalmente. Deve haver regulação, portanto, em setores caracterizados por monopólios naturais, nos quais há informação inadequada ou condições estruturais que levem a uma concorrência excessiva ou predatória.

---

<sup>7</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit. p. 28.

<sup>8</sup> *Ibidem.* p. 27.

<sup>9</sup> Como será estudado posteriormente, no capítulo 2, entende-se por teoria da captura o ato pelo qual os interesses dos entes regulados passam a influenciar nas decisões dos entes reguladores, tendo em vista o forte poder econômico dos entes regulados que ocasionavam certa pressão sobre as agências interferindo no exercício de suas funções como ente regulador.

<sup>10</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit. p. 29.

Verifica-se, então, que em princípio a regulação estava relacionada a uma lógica de mercado, criada nos denominados laboratórios de mercado<sup>11</sup>, sendo que para o autor, ambas as teorias (Escola de Interesse Público e da Escola Neoclássica de regulação) são consideradas incompletas, posto que (i) uma considera apenas a prestação do serviço público; e (ii) a outra apenas considera a questão de mercado, ou seja, um único aspecto da regulação.

Na Constituição Federal Brasileira, o dispositivo que trata da regulação é o artigo 174<sup>12</sup>, que dispõe acerca da intervenção econômica de forma indireta por parte do Estado, qual seja:

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

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Ao estabelecer que como agente normativo e regulador da atividade econômica o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, a Constituição Federal permite ao Estado a intervenção indireta no domínio econômico.

---

<sup>11</sup> “Na verdade, a teoria econômica da regulação, orientada pelo neoclássicismo, crê poder prever os resultados e, conseqüentemente, indicar os fins da atividade econômica. A regulação serve apenas como substituto do mercado. O regulador é ou deveria ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório, ou melhor, dizendo, nos gráficos de oferta e demanda. Evidentemente, porque baseada na crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só será necessária enquanto não existir solução de mercado mais eficiente. Por essa razão, como se verá, nela encontra-se o sêmen dos movimentos desregulatórios.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit. pp. 27 e 28.)

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

Observa Del Masso<sup>13</sup> que:

É muito difícil ser criterioso para configurar o grau de ingerência do Estado no domínio econômico. Afinal, uma série de hipóteses de participação e de controle é utilizada cotidianamente pelo Estado na condução da atividade econômica própria e de empreendedores particulares. Mas a classificação que aponta o Estado **como regulador e normatizador da atividade econômica considera a modalidade de intervenção como indireta.**

No que diz respeito às funções de fiscalização, incentivo e planejamento, afirma, em síntese, Del Masso que: (i) a fiscalização estatal se realiza através do acompanhamento do desenvolvimento da atividade econômica por parte dos agentes econômicos, ou seja, se estão sendo observadas as diretrizes e princípios constitucionais estabelecidos; (ii) os incentivos estatais representam um indicativo por parte do Estado da direção em que os agentes econômicos devem seguir, seja por meio de concessão de benefícios, vantagem ou outra forma de estímulo com o fim de desenvolver a atividade econômica que vem sendo exercida; e (iii) o planejamento corresponde a uma forma organizacional por parte do Estado, tendo como principal objetivo o de desenvolver de forma eficiente a atividade econômica.

O meio de regulação através da criação das agências reguladoras foi uma forma de intervenção do estado no domínio econômico, principalmente pelo fato de que durante esse período o Estado passava por sérias mudanças econômico-financeiras que resultaram na desestatização e privatização de serviços que anteriormente eram prestados pelo Estado.

A esse respeito vale mencionar que apesar da necessidade de regulação, a normatização e o controle do mercado não poderiam afetar os

---

<sup>13</sup> MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico Esquematizado. São Paulo, 2013. 2ª Edição. Editora Método. p.102.

princípios previstos no art. 170 da Constituição Federal, quais sejam, de livre iniciativa e da justiça social, o que prejudicaria a concorrência.<sup>14</sup>

Referidos princípios, explica o autor, se contrapõe à política industrial criando limites a essa política, apesar da possibilidade de convivência em caso de conflito entre princípios, o que não se aplicaria na existência de conflito entre regras.<sup>15</sup>

Nesse sentido esclarece Salomão Filho<sup>16</sup>:

De um lado uma política tendente a eliminar a concorrência é claramente contrária à livre iniciativa. Tampouco é instrumental em relação à promoção da justiça social.

Por outro lado, no campo da regulação da atuação dos agentes privados no mercado, promoção da justiça social só pode significar obtenção de equilíbrio entre os agentes de mercado. Traduz-se em um princípio de democracia econômica, que só pode ser obtida através da existência de políticas sociais (que compreendem, obviamente, o desempenho do serviço público no sentido da promoção da justiça social) tendentes a eliminar as desigualdades.

Ora, se assim é, não existe, constitucionalmente no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação exclusivamente como instrumento de política econômica, sem qualquer atenção aos princípios constitucionais.

Dessa forma, entende-se que apesar da existência de conflito entre esses princípios, a regulação será efetiva e atingirá a livre iniciativa e a justiça social, no ato de regular, fiscalizar sancionar os agentes econômicos, mantendo o equilíbrio entre esses por meio da regulação e no incentivo à concorrência, evitando monopólios naturais, preços predatórios e práticas desiguais e prejudiciais aos seus usuários.

Salomão Filho<sup>17</sup> explica, também, a importância de se diferenciar a regulação do direito antitruste:

Essa diferenciação é particularmente importante, pois como se verá, a regulação mais efetiva é a que impõe a existência de concorrência naqueles setores em que as condições estruturais dos mercados

---

<sup>14</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit. pp. 36 e 37.

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 165.

<sup>16</sup> *Ibidem* p. 166.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 37.

impedem que essa se estabeleça somente com a aplicação ativa do direito antitruste. Assim, há um paralelo inegável entre o objetivo da tutela concorrencial e a regulação de mercado. Ainda que a operacionalização e a intensidade das duas tutelas sejam absolutamente distintas, a orientação do direito concorrencial em muito pode informar a regulação do mercado.

Em termos bem simples, a diferença entre direito antitruste e regulação está basicamente na forma de intervenção. A atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. Trata-se do que a doutrina administrativa costuma chamar de atos de controle e de fiscalização, através dos quais o Estado não cria a utilidade pública, limitando-se a fiscalizá-la ou controlá-la. Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restringe ao controle, mas à verdadeira criação da utilidade pública através da regulação. A utilidade pública, nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência.

Note-se que apesar de se tratarem de temas distintos, a regulação e a concorrência se complementam, visto que a regulação não deve interferir no direito à livre iniciativa e conseqüentemente à livre concorrência, pelo contrário, a regulação deve incentivar a concorrência para o fim de evitar qualquer falha de mercado ou práticas prejudiciais aos usuários que se utilizam dos serviços objeto de regulação, sendo que o que de fato as diferenciam é a forma de atuação, sendo a regulação uma intervenção ativa e a concorrência uma forma de controle passiva, ou seja, por meio do controle efetivo e da fiscalização.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Relata Sampaio que: “No Brasil, o tema da repartição de competências entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência foi objeto de estudo por Gesner Oliveira que, em 2001, publicou trabalho no qual constata existirem alguns modelos institucionais em tese disponíveis para serem utilizados, em distintos mercados, por diferentes países.

Após distinguir a regulação técnica, preocupada com normas sobre padrões e metas a serem adotados pelos agentes econômicos, da regulação econômica, relativa ao estabelecimento de preços / tarifas e quantidades, e considerando ainda a aplicação da legislação concorrência, o autor propõe a seguinte classificação:

- Isenção antitruste: situação em que compete às autoridades reguladoras aplicar a legislação concorrencial, sendo que as normas setoriais tem prevalência sobre as normas concorrenciais (a autoridade de defesa da concorrência não atua sobre mercados regulados);
- Competências concorrentes: tanto as autoridades reguladoras quanto as de defesa da concorrência aplicam a legislação antitruste;
- Competências complementares: as autoridades reguladoras procedem à regulação técnica e econômica, ao passo que as autoridades concorrenciais aplicam a legislação de defesa da concorrência;
- Regulação antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a legislação antitruste quanto as normas regulatórias, com prevalência da primeira;

Corroborar com essa visão Salomão Filho ao destacar que:

O que existe é exatamente o inverso: a declaração expressa, em nível constitucional, da obrigatoriedade da persecução da livre concorrência em matéria econômica (art. 170, IV, da CF). A obrigatoriedade de aplicação institucional do direito concorrencial e da regulação é, portanto, premente. Isso não implica, no entanto, a exclusão total dos objetivos de política econômica do sistema antitruste e da regulação.

Eles estão presentes desde que compatibilizáveis com a garantia institucional de equilíbrio entre os agentes econômicos no mercado. Assim, no sistema antitruste a lei concorrencial inclui elementos de política econômica como o apoio ao desenvolvimento tecnológico e econômico – art. 54, I, “c”. A eficiência também é prevista na alínea “a” do mesmo dispositivo. Esta última, como já visto, também tem que ser entendida em seu sentido redistributivo, exatamente para se tornar compatível com a garantia institucional já exposta.

No campo regulatório é também possível a compatibilização. Higiene e segurança setorial – objetivos regulatórios comuns -, mais que compatíveis, são dependentes da concorrência.

Tanto a regulação quanto a concorrência são importantes para manter o equilíbrio existente entre os agentes econômicos, ocasião em que, apesar de suas distinções e peculiaridades, uma não exclui a aplicação da outra, conforme será verificado em capítulo específico sobre a atribuição da ANEEL de zelar pela concorrência e atuar de acordo com a legislação de Defesa da Concorrência.

Conforme destaca Bagnoli<sup>19</sup>, para viabilizar o bem-estar econômico do consumidor, se faz necessária a observância de Princípios Gerais da Regulação, quais sejam:

O princípio do acesso necessário trata das relações entre concorrentes e traz a discussão entre o direito concorrencial e a liberdade de iniciativa, mediante a *essential facility doctrine* e infrações concorrenciais e, em decorrência, o amplo acesso dos consumidores e a universalização dos serviços (externalidade social positiva). A função social da propriedade dos meios de acesso ao mercado também é relevante com o compartilhamento de bens. A co-propriedade [sic.], entretanto, que por um lado busca a diminuição

---

• Desregulação: ocorre quando determinada atividade econômica deixa de ter regulação técnica e econômica mais incisivas para passar a ser regida, no que tange aos aspectos econômicos, unicamente pelas normas de defesa da concorrência.” (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência. A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. pp.95 e 96.)

<sup>19</sup> BAGNOLI, Vicente. Direito e Poder Econômico. Os Limites Jurídicos do Imperialismo frente aos Limites Econômicos da Soberania. Ri de Janeiro, 2009. Editora Elsevier. pp. 72 e 73.



dos custos de transação, por outro favorece a concentração, aumentando o risco de cartelização. De qualquer forma promove-se o compartilhamento de acesso à rede e à infra-estrutura [sic.], que não deixa de ser uma restrição ao direito de propriedade em prol da concorrencialidade e suas externalidades positivas para a coletividade.

O autor neste caso destaca a importância da aplicação dos Princípios Gerais da Regulação como forma de evitar abusos econômicos e criar uma estrutura regulatória que seja eficiente e consiga defender também o mercado, ou seja, a importância da aplicação de um ambiente regulado e de defesa da concorrência, posto que a concorrência para os órgãos de defesa da concorrência possui conceito e aplicações diferentes da concorrência no ambiente regulado.

Esse papel será exercido pelas agências reguladoras, no que diz respeito à implementação de um sistema regulatório eficiente e que possa atuar de maneira autônoma, visando o equilíbrio econômico e o bem comum, o que demonstra a necessidade da atuação da regulação para verificação das práticas dos agentes econômicos.<sup>20</sup>

O ente regulador irá zelar pela concorrência com base no ambiente em que ele regula, enquanto que os órgãos de defesa da concorrência atuam na análise de um mercado como um todo, impedindo práticas antitrustes e anticompetitivas, que para o agente regulador não necessariamente prejudicará o seu mercado de atuação.

---

<sup>20</sup> Bagnoli explica, ainda, que “Contudo, é necessário implementar o sistema regulatório. Inicialmente reforçando e reiterando a legitimidade e independência da regulação por meio das agências, como alternativa democrática de controlar o poder econômico, em respeito ao bem comum. Ações mais efetivas das agências em conformidade com a realidade sócio ambiental e concorrencial, aplicando sanções adequadas ao poder econômico sempre que este descumpra a norma vigente, e que as punições atinjam, sobretudo os responsáveis pela conduta antijurídica, como administradores, diretores e CEO’s, verdadeiros responsáveis pela ação do poder econômico. Por fim implementação e obrigatoriedade da *accountability* nas agências, para assegurar transparência e prestação de contas no intuito de coibir a captura pelo setor regulado, bem como evitar a interferência e ingerência do poder executivo em suas ações.” (BAGNOLI, Vicente. Op. cit. p.75.)

Verifica-se, assim, a importância da regulação nas atividades econômicas exercidas pelos agentes econômicos, nos termos do art. 174 da Constituição Federal.

Ainda no que se refere à função do Estado como regulador, conforme previsto no dispositivo mencionado acima explica Tura<sup>21</sup> que não se trata de uma atuação política, já que não se fala em implantação de políticas públicas, e tampouco jurídica, mas sim a implementação de parâmetros técnicos a serem aplicados aos agentes econômicos, o que acaba por justificar a criação desses entes:

20. Também de um ângulo material, a regulação não é função política, pois não implica em elaboração e implementação de políticas públicas, entregues, como seria adequado em democracias, aos órgãos e entes legitimados democraticamente para tanto; a regulação, também, não é função jurídica, pois não implica em elaboração de normas gerais e abstratas e nem mesmo em implementação de normas gerais e abstratas a situações concretas e particulares, entregues, novamente, àqueles que as constituições democraticamente legitimaram a tanto; por fim, a regulação é função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo.

21. Óbvio a diferença, assim, entre regulação e normação, de um lado, e regulação e execução, de outro. Inconfundíveis, pois a regulação é função técnica, não função política e nem função jurídica. As agências reguladoras, como todos os órgãos e como todos os entes estatais, são atravessadas por todas as manifestações estatais. Inegavelmente, manifestam-se funções políticas e jurídicas do Estado por elas. Mas, inegavelmente, também, que não se tratam de funções típicas das agências reguladoras. Tipicamente, as agências reguladoras encarregam-se da elaboração e implementação de parâmetros técnicos, segundo os meios e os modos e para atenderem aos fins e aos objetivos fixados em normas, tendo em vista opções e pretensões consubstanciadas em políticas. Elas não devem fixar os fins e objetivos e não devem definir opções e pretensões. É no exercício dessa função (dever-poder) de regular, de função consistente na elaboração e implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo, e não de outras funções, quaisquer que sejam, que deve haver a garantia de autonomia, seja frente aos agentes e entes regulados, seja frente aos agentes, órgãos e entes encarregados de outras funções não-técnicas. A Constituição, ao fixar, no caput do artigo 174, a função regulatória como distinta da função normativa nada mais fez do que considerar ambas as funções como inconfundíveis, e como irreduzíveis, uma à outra, dando a ambas status constitucional. Esse o fundamento constitucional da regulação. E daqui deriva o fundamento da

---

<sup>21</sup> TURA, M. A. R. . A autonomia das agências reguladoras. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (Impresso), v. 33, p. 133-154, 2005. pp. 13 e 14.

autonomia conferida pelo direito brasileiro às agências reguladoras. Pois se a Constituição dá tratamento diverso à função normativa e à função regulatória, não admitindo que sejam redutíveis uma à outra, evidente que não submete uma à outra. O exercício da regulação, propriamente dita, por sua natureza, não é passível de tratamento pela via de prescrição geral e abstrata. A regulação sempre está referida à situação e ao setor regulados. Nesse sentido, a lei se apresenta, para a regulação, como ordem-quadro, dentro da qual se desenvolve, com margens de manobra razoáveis, tendo em vista princípios, diretrizes e objetivos, a elaboração e a implementação de parâmetros técnicos para a atuação de agentes econômicos em sentido amplo. Fixada dita ordem-quadro, a regulação deve atuar, sem outras ingerências, na busca de atingir às metas socioeconômicas postas e de atender aos valores jurídico-políticos pressupostos pela ordenação constitucional e legal. É com base em tais considerações que se deve tratar a questão da autonomia das agências reguladoras no direito brasileiro, o que farei agora.

A regulação por parte do Estado, com a conseqüente criação das agências reguladoras, justifica-se principalmente pela necessidade de descentralização do poder do Estado que passava por uma crise econômico-financeira, ocasião em que a autonomia conferida às agências para que essas possam atuar no setor específico que regulam, considerando a expertise e técnica de cada ente se torna imprescindível.

O Estado que até então exercia o controle direto dessas atividades, com a política governamental de transferência ao setor privado a execução de determinados serviços públicos, conseqüentemente cria a necessidade de se reservar ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, sendo uma dessas formas de controle indireto a criação das agências especiais destinadas a esse fim, no interesse dos usuários e da sociedade, conforme será analisado.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo, 2009. 35ª Edição, Malheiros Editores. p.356.

## 2. DO SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras já existem há muitos anos, sendo que a sua denominação possui origem anglo-saxã, vez que em 1834 foram criados entes autônomos pelo Parlamento Inglês com competência para por em prática as medidas previstas em lei.<sup>23</sup>

Apesar das agências reguladoras anglo-saxã serem consideradas os primeiros entes reguladores, e terem influenciado o surgimento das agências americanas em 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission – ICC*, a primeira agência reguladora independente para regular as estradas de ferro, que expandiu seu controle, abrangendo, inclusive todos os transportes de superfície, foram as agências americanas que inspiraram os demais países.<sup>24</sup>

Ainda em relação à *ICC*, a sua criação se deu em razão das disputas existentes entre empresas de transporte ferroviário e empresários rurais, tendo em vista as tarifas fixadas pelas empresas de transporte ferroviário, ocasião em que se viu necessária a criação de um ente independente do Estado que pudesse regular tais conflitos e controlar a fixação de tarifas, de forma a evitar abusos, regulando, assim, o mercado de transporte.<sup>25</sup>

No caso em questão, verifica-se que de um conflito existente entre empresas de transporte ferroviário e empresários rurais que dependiam do uso dessas ferrovias para a sua sobrevivência econômico-financeira, surgiu a

---

<sup>23</sup> ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de; OLIVEIRA, Edson Luciani de. Leituras sobre o Atual Quadro das Agências Reguladoras no Brasil. Algumas Experiências Internacionais Comparativas para o Exame da Sustentabilidade Brasileira Indicada pela Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p.97, 2013.

<sup>24</sup> “*The ICC was created in 1887 as the first independent regulatory agency in order to regulate the railroads, and it eventually expanded its control until it encompassed virtually all surface transportation. It is no wonder that many have considered it the archetypal regulatory agency.*” (Rothenberg, Lawrence S. *Regulation, organizations, and politics: Motor freight policy at the Interstate Commerce Commission*. University of Michigan Press, 1994.p.3.)

<sup>25</sup> ARAÚJO, Marcos; CONCLUSÃO, Reguladoras. Agências reguladoras. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Justa Legem–CEJUSTA. 2006. p.7. Disponível em: <[www.juxtalegem.com.br/artigos/Agencias\\_Reguladoras.php](http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Agencias_Reguladoras.php)>. Acesso em: 23 out.2014.

necessidade de se criar um ente independente, que pudesse regular o setor de forma imparcial, evitando o abuso de uma parte à outra.

Outro exemplo de estrutura americana similar de agência reguladora foi a *Federal Trade Commission – FTC*, criada posteriormente que a ICC e com objetivo e estrutura distinta, já que a FTC destinava-se a controlar condutas anticompetitivas entre empresas, exercendo uma função regulatória e concorrencial.<sup>26</sup>

Vale mencionar que a FTC, apesar de relacionada por alguns autores como modelo estrutural de agência reguladora norte americana, possuía uma atuação próxima a do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, já que como visto anteriormente, tinha como objetivo atuar em defesa da concorrência, evitando práticas anticoncorrenciais.

Entre os anos 1930 e 1945, como parte da política do *New Deal*, liderada pelo Presidente Roosevelt, surgiram, nos Estados Unidos da América, diversas agências reguladoras com o objetivo de intervirem fortemente na economia, o que corroborou com uma extensa discussão constitucional-jurisprudencial quanto à ampla autonomia concedida aos referidos entes administrativos.<sup>27</sup>

Não há dúvidas que um ente só poderá agir de forma imparcial ou não vinculada, caso não sofra qualquer tipo de influência ou dependência de outro, seja em relação ao Estado, seja em relação aos agentes regulados.

---

<sup>26</sup> ARAÚJO, Marcos; CONCLUSÃO, Reguladoras. Op. Cit. p. 7.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Nesse sentido, a respeito da política do *New Deal* relata Komatsu<sup>28</sup> ao traçar um paralelo sobre os primeiros institucionalistas econômicos e sua contribuição na formulação da legislação regulatória americana, que:

No período entre as duas grandes guerras mundiais, o principal foco da pesquisa institucional não estava apenas nas teorias de mudança institucional, mas nos crescentes problemas decorrentes da ordem econômica da época: os ciclos dos negócios, as relações de trabalho, os serviços públicos, monopólios, regulação dos negócios, o desenvolvimento tecnológico crescente, e sobre o que se convencionou chamar de “falha do mercado”.

Todas estas questões conduziram a que examinassem de modo mais crítico os negócios e o mercado da época; sem dúvida, Veblen foi o inspirador para esta atitude crítica. Os institucionalistas rejeitavam as explicações ortodoxas para os mercados e os negócios baseadas em abstrações, e procuravam analisar o funcionamento real da economia. Os institucionalistas foram os pioneiros na formulação da legislação voltada à regulação dos serviços públicos, relações de trabalho, seguridade social, saúde pública, além de importante papel no *New Deal*.

E assim, diante dessas mudanças econômico-financeiras e de mercado, as agências reguladoras americanas foram surgindo, evoluindo e se estruturando<sup>29</sup>, tornando-se, inclusive, modelo para a criação de agências em outros países.

Explica Junior que a figura da agência reguladora trata-se de uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos da América e

---

<sup>28</sup> KOMATSU, Suely. A criação de um ambiente regulatório no Brasil: mecanismos de controle social e o processo de institucionalização das agências reguladoras federais. 2004. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. pp. 31 e 32.

<sup>29</sup> “O terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo (APA — *Administrative Procedural Act*), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade. Entre os anos de 1965 e 1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência [sic.], foram os consumidores. Finalmente, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que se consolide um modelo regulador independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência.” (ARAÚJO, Marcos. Op.cit.p.7.)

proliferou não só no Brasil, mas por diversos países da Europa, em razão da globalização.<sup>30</sup>

Como visto anteriormente, por mais que as agências reguladoras tenham origem anglo-saxã foi o modelo norte americano que inspirou os demais países, como explica o autor<sup>31</sup>:

Daí uma concepção manifestamente orgânica, em que os entes administrativos são órgãos de um único corpo. Ao contrário, a tradição anglo-saxônica sempre viu a administração como conjunto de corpos (bodies) de competência regionalizada, alguns sujeitos ao comando direto do Parlamento, outros até mesmo “eleitos” por convenções locais. Isto conduziu à famosa negação de um direito administrativo nos moldes franceses, proposta por Dicey, com repercussões, no direito britânico, até muito recentemente (cf. Griffith/Street – Principles of Administrative Law, London, 1951, p. 3 ss.).

No direito norte-americano, como assinala Di Pietro (Parcerias na Administração Pública, São Paulo, 1999, p. 133), “o vocábulo agência tem sentido amplo, que abrange ‘qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais’, conforme consta expressamente da Lei do Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act)”. E conclui: naquele país, “falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito o Poder Executivo”.

Em relação à natureza jurídica e estrutura, as agências reguladoras, sejam as americanas, sejam as europeias e mesmo as agências brasileiras possuem semelhanças.<sup>32</sup>

Entretanto, diferente dos Estados Unidos, no Brasil o Estado sempre teve uma atuação intervencionista<sup>33</sup> e as agências reguladoras se

---

<sup>30</sup> JÚNIOR, FERRAZ; SAMPAIO, Tércio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista tributária e de finanças públicas, v. 35. pp. 1 e 2.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Editora Manole Ltda, 2003. p.31.

<sup>33</sup> “A prestação dos serviços públicos no Brasil, como vimos, tem seu histórico marcado pela constante presença do Estado – seja na produção direta, seja na indução através de incentivos diretos ao setor privado. Do início de nossa história, mantemos traços de uma forma de regulação patrimonialista – ou seja, marcado pela apropriação do Estado por seus pares e pelas classes dominantes, na qual a máquina estatal é apenas instrumento para atender as necessidades dos governantes. Características que foram marcantes para a construção de todo um ideário autoritário, preservados até os dias de hoje, reflete novos discursos e práticas, mas mantém parte fundamental de sua essência, na tutela – tanto pela incapacidade do setor produtivo em realizar investimentos, quanto pela incapacidade de grande parte da população em se tornarem cidadãos; e na exclusão – concretizada pela postura autoritária dos detentores

desenvolveram com um propósito diferente, não somente com o propósito de mudança institucional.

Entretanto, por mais que as agências reguladoras tenham surgido com propósitos diferentes é importante destacar que tanto no Brasil, quanto na Europa e/ou nos Estados Unidos o Estado passava por mudanças econômico-financeiras que justificaram a criação desses entes, no Brasil um pouco mais tardia, tendo em vista que a industrialização no país e vertentes como o Neoliberalismo ocorreram de forma tardia.

Explica Ramos<sup>34</sup> que mesmo em países periféricos ou nos países centrais considerados de primeiro mundo, a ideia de manter um ente neutro de influências políticas e que mantivesse um ambiente equilibrado era a mesma, independente do propósito ser institucional<sup>35</sup> ou de caráter intervencionista:

---

de poder (político, econômico ou social, pouco importa) que impõem regras aos excluídos. Evidentemente, estas marcas se mantêm nítidas ao avaliarmos as características da função reguladora do Estado brasileiro. Aguillar (1999, p. 181-191) caracteriza o período que antecede à República, em que o Estado chegou a outorgar a empreendedores privados a execução de atividades anteriormente sob tutela direta do poder estatal, por conta do enfraquecimento do poder central do Império, o que de fato, refere-se a um período no qual diversos países observavam um florescimento da atividade econômica, em razão de avanços tecnológicos, populacionais e também, do florescimento de um novo tipo de empreendedorismo empresarial. Não pretendemos aprofundar este histórico da regulação, basta lembrarmos que ferrovias, hidrelétricas e outros investimentos em infraestrutura, realizados a partir da segunda metade do século XIX, em grande parte foram decorrentes de concessões abertas a capitais privados estrangeiros – mas, com a devida garantia de retorno ao investidor, por parte do governo brasileiro.(Aguillar, apud, 1999, p. 185). (...)

Sabemos, portanto, que “reinventar” o Estado e seus governos não significa apenas aplicar ao setor público os critérios de gestão e produtividade do setor privado. Implica também em mudar a forma de ação do Estado, por vários meios. **O meio escolhido para o Brasil foi, como vimos, reestruturar os setores de infra-estrutura e serviços públicos (entre outros), através da desestatização, terceirização e concessão dos serviços de infra-estrutura, justificado pelo pressuposto de que tais medidas pudessem melhorar sua qualidade e reequilibrar as contas públicas, pela entrada de recursos privados e redução do déficit fiscal.** (grifo nosso). KOMATSU, Suely.Op. Cit.

<sup>34</sup> RAMOS, Murilo César. Agências Reguladoras: a reconciliação com a política. Latin American Studies Association, 2004. p.20.

<sup>35</sup> O Brasil sempre teve o Estado intervindo no domínio econômico, seja de forma direta, por meio da Administração Pública Direta, seja de forma indireta, com a criação de entes que pudessem exercer o controle sobre as atividades privadas que eram de interesse público; Já nos Estados Unidos, por exemplo, a ideia era de descentralização, mas não com o objetivo de intervenção indireta do Estado, pelo contrário, a ideia era manter um ambiente neutro de qualquer atuação do Estado, conforme se verifica do texto a seguir: “Mas, porque a cultura político-administrativa dos Estados Unidos, como visto, dado o seu peculiar desenvolvimento



Agências reguladoras são, como disse, elementos centrais de processos de liberalizações e privatizações de operadoras de serviços públicos, tanto em países centrais quanto periféricos. Trata-se de entes administrativos capazes de, em tese, como reza a expectativa teórica dos mercados perfeitos da economia neoclássica, regular os mercados privatizados de modo equilibrado, autônomo e eqüidistante [sic.] das influências do Estado, dos interesses privados, e dos consumidores. Um dado singular desses processos é a despreocupação teórica e prática com a categoria governo. Essa ausência, porém, é parte objetiva dos modelos, como se depreende desse trecho extraído de relatório do Banco Mundial: “A transição do monopólio estatal para múltiplos operadores requer nova atenção à regulação. Prevenir o operador dominante de abusar do seu poder de mercado (ao restringir a oferta e precificar por baixo os serviços competitivos) requer dispositivos adequados de contabilidade e de transparência, metas de desempenho, e controles de preço baseados em incentivo. A experiência mostra que novos provedores de serviço não serão capazes de se interconectar com o operador dominante em termos razoáveis sem a ajuda regulatória. Os provedores de serviço, tanto públicos como privados, devem operar a distância segura (at arm.s length) do governo e estar sujeitos à disciplina comercial e à supervisão de um regulador independente”.

As mudanças político-econômicas também foram fatores importantes para a criação das agências reguladoras. Com a queda do modelo comunista da União Soviética e o prevalecimento do capitalismo, surge uma política neoliberal conforme relata Ramos<sup>36</sup>:

Também aqui a História parecia encontrar um fim. Suposto fim que veio na forma de uma nova hegemonia liberal, despida das concessões econômicas sociais que, pela via da social democracia, se vira forçada a fazer no processo de enfrentamento do comunismo. Hegemonia que representou o fim do Estado de Bem Estar keynesiano, com suas políticas de compensação social, e sua crença na Organização das Nações Unidas como as instituições mais aptas a promover o desenvolvimento em todo o mundo. Instituições como a Unesco (United Nations Education, Science and Culture Organization), FAO (Food and Agriculture Organization), IWO (International Work Organization), WHO (World Health Organization), Unctad (United Nations Conference for Trade and Development), foram substituídas progressivamente pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial (Bird) e Organização Mundial do Comércio (OMC), como os foros privilegiados de estruturação capitalista. Se na ONU, excetuado o Conselho de

---

histórico, rejeitou sempre, mais do que em qualquer país de economia de mercado, a ingerência dos governos sobre a economia, esta iria se dar por meio do ente singular denominado ‘comissão regulatória independente’. Um ente que, por sua inventiva natureza política, jurídica e administrativa, seria capaz de oferecer aos mercados a segurança de que eles não seriam atropelados pela excessiva ingerência do aparelho governamental. Daí a ideia [sic.] de independência, política e administrativa, avocada a esse ente que somaria competência e atribuições de natureza legislativa, executiva e judicial até hoje inaplicáveis a qualquer outro cenário nacional.” (RAMOS, Murilo César. Op. Cit. pp. 21 e 22)

<sup>36</sup> *Ibidem*. p.34.

Segurança, com o dispositivo de veto atribuído aos raros países membros, prevalecia a ideia [sic.] democrática de um país um voto, junto com a ideia [sic.] de desenvolvimento pela base, nos novos foros tipicamente econômicos prevaleceria a lógica financeira e/ou mercantil, que assegura o poder de decisão aos participantes economicamente mais fortes. Isto é particularmente verdadeiro nos casos do FMI e Banco Mundial, que são instituições financeiras em sentido estrito, controladas de direito pelos principais fornecedores de seus capitais, os países mais ricos do mundo, reunidos no foro G-8 (Estados Unidos, Canadá, Grã-Bretanha, Alemanha, França, Itália, Japão e Rússia), sob a hegemonia incontestável dos Estados Unidos, com sua crença no desenvolvimento pelo topo. Foi, portanto, nesse cenário que se impôs o modelo de reestruturação econômica capitalista neoliberal hayekiano, mas associado à ideia de democracia política para todos. Era um modelo que para se tornar hegemônico, por exemplo, na América Latina, não poderia mais depender de ditaduras brutais como a de Augusto Pinochet no Chile. Mas que, para isso, precisaria promover o divórcio conceitual entre economia e política. Aquela seria o terreno dos semideuses científicos portadores da sabedoria técnica, preferencialmente, matemática que tudo pode antever, ver e prever no reino das necessidades humanas.

Dessa forma, a crise econômico-financeira do Estado, as mudanças político-econômicas e a conseqüente desestatização e privatização das empresas estatais, em especial do setor de infraestrutura, impulsionaram a criação das agências reguladoras também no Brasil.<sup>37</sup>

Em 1995, durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, período esse marcado pelas privatizações e desestatizações dos serviços públicos durante o Governo Collor, bem como da reforma da ordem econômica, ocasião em que foram extintos diversos monopólios nos setores de petróleo,

---

<sup>37</sup> “Os dois pilares desse modelo, que se estendeu pelo mundo todo, não ficando restrito à América Latina, foram, como já acentuei no início deste artigo, na referência ao governo de Fernando Henrique Cardoso, a privatização de empresas estatais de infra-estrutura [sic.], entre elas as de telecomunicações, e a reforma dos aparelhos de Estado. Pela primeira, encerrar-se-ia a era das grandes operadoras estatais de serviços públicos, inclusive as européias [sic.], as pioneiras e as maiores. Pela segunda, reduzir-se-ia ao máximo possível, em número e quantidade de funcionários, as organizações de governo que dão materialidade institucional do Estado. Do cruzamento entre o fim das empresas estatais de infra-estrutura [sic.] e a reforma do Estado deu-se a emergência entre nós, conforme analisado acima, das agências reguladoras independentes, ou autônomas. Agências técnicas, acima de tudo, impermeáveis às oscilações conjunturais da política, às oscilações eleitorais sobretudo. Ronald Reagan não queria tirar o governo das costas do povo apenas para manter-se fiel aos ideais libertários dos pais fundadores dos Estados Unidos, em particular dos confederacionistas. Ele o queria para dar aos mercados a plena liberdade de movimentos que a utopia conservadora neoliberal pregava. Mesma razão pela qual o receituário do Banco Mundial para as privatizações de empresas estatais sustentava a necessidade de órgãos reguladores capazes de ficar at ‘arm’s length’ dos governos.” (RAMOS, Murilo César. Op. Cit. p. 35.)

telecomunicações, geração e distribuição de energia, surge o modelo de regulação por meio das Agências.<sup>38</sup>

Quanto à reforma da ordem econômica, vale lembrar que até então as autarquias criadas pelo Estado tinham por objetivo a administração dos serviços públicos, sendo que posteriormente, em um período intervencionista, foram criadas empresas públicas e de economia mista com a finalidade de desenvolver e explorar essas atividades, bem como eram utilizadas como instrumento de execução do planejamento estatal, até mesmo no que diz respeito à fixação de tarifas, o que se traduziu apenas em gastos públicos, uma maior burocracia e uma administração ineficiente.<sup>39</sup>

O Estado que antes exercia o controle dos serviços públicos, transferiu a terceiros por meio de autorizações, concessões e permissões e criou entes reguladores que pudessem fiscalizar e regular os agentes prestadores de serviços, substituindo parte da forma de administração e regulação desses serviços, que antes eram realizadas exclusivamente pelas empresas públicas e de economia mista, por uma forma mais eficiente, envolvendo, assim, o setor privado.

Segundo Barroso<sup>40</sup> as recentes reformas econômicas brasileiras passaram por três transformações estruturais, conforme indicado abaixo:

- ✓ A primeira transformação se deu com a extinção de certas restrições ao capital estrangeiro, por meio da Emenda Constitucional nº 6 de 15/08/1995, que suprimiu o art. 171 da Constituição Federal, que

---

<sup>38</sup> NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. Op. Cit.

<sup>39</sup> MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 56 e 57

<sup>40</sup> BARROSO. Luis Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática. SOUTO, Marcos Jurena Villela (Cord.). REGULAÇÃO jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

conceituava empresa brasileira de capital nacional lhe concedendo benefícios. Outro fator importante foi a modificação do art. 176, permitindo que o aproveitamento dos potenciais energéticos fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, independente se o controle do capital era nacional ou estrangeiro;

- ✓ Outra transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais em que a Emenda Constitucional nº 5 de 15/08/1995, alterou o §2º do art. 25 da Constituição Federal, de forma a permitir que os Estados Membros concedessem às empresas privadas a possibilidade de exploração de serviços públicos; e
- ✓ Por fim, a terceira transformação foi a criação do Programa Nacional de Desestatização.

O Estado permitiu que empresas estrangeiras pudessem investir no Brasil, sem criar restrições às empresas nacionais de capital estrangeiro e permitiu a exploração de serviços considerados públicos por empresas privadas.

Como será visto, a seguir, algumas empresas privadas já prestavam serviços considerados públicos por concessão, autorização e permissão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988.

Quanto às desestatizações e privatizações, realizadas durante o Governo Collor, cumpre mencionar que por meio da Medida Provisória nº 155, posteriormente convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, criou-se o Programa Nacional de Desestatização – PND, que transferiu à iniciativa privada a competência de explorar atividades antes exploradas pelo setor

público, podendo esse ser considerado o primeiro marco legal das agências reguladoras no Brasil.<sup>41</sup>

Em relação ao PND, Komatsu<sup>42</sup> relata, ainda, que :

O Programa Nacional de Desestatização – PND, criado pela Lei nº 8.031 de 12 de abril de 1990 no governo Collor, foi responsável pela formalização do processo de privatização das empresas controladas pela União, em nome de um reposicionamento estratégico Estado na economia, da redução da dívida pública e da modernização do parque industrial do país.

O PND surge como elemento importante neste processo de revisão do modelo estatal de intervenção na economia, uma vez que explicitamente associou a obtenção de resultados econômicos com a redução da máquina estatal e a necessidade de integração no emergente mercado globalizado. Nesta época, as políticas públicas nacionais assumiram pela primeira vez, desde a redemocratização, uma orientação abertamente liberal, ao definir como prioridades a extinção de órgãos públicos, a privatização de companhias estatais e de concessionárias de serviços de utilidade pública, além da abertura da economia nacional aos mercados internacionais.

Dessa forma, com as privatizações e desestatização dos serviços públicos por meio de autorizações, concessões e permissões a terceiros particulares, o Estado não vislumbrou outra forma se não a regulação desses setores através de entes “autônomos” e “independentes” da Administração Pública Direta.

Para Aragão a adoção de entes reguladores no Brasil, apesar de em um primeiro momento ter ocorrido em razão da desestatização, não significa que sua essência seja de desestatização ou desregulação, como foi considerado nos Estados Unidos, durante o período do *New Deal*, visto que as agências reguladoras no Brasil, também surgiram com o fim de regular serviços privados e não somente serviços públicos.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> ALMEIDA. Paula Joyce de Carvalho Andrade de. O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras. 2007. p.31. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>42</sup> KOMATSU, Suely.Op. Cit.p.221.

<sup>43</sup> A título de exemplo o autor menciona a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Aragão relata, ainda, que: “(...) podemos constatar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a

Apesar da deficiência econômica que o Estado passava nesse momento, razão pela qual transferiu a terceiros a possibilidade de prestação de serviços públicos, ressalta-se que o Estado ainda conservou determinadas responsabilidades.

A esse respeito relata Barroso<sup>44</sup> que:

A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é geralmente um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla gama de serviços públicos. Mas o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública, o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais as agências reguladoras.

Nos termos do art. 174 da Constituição Federal, o Estado passou de executor para ente regulador, ocasião em que transferiu para particulares a incumbência de executar os serviços sem, no entanto, abandonar o controle dos referidos setores.<sup>45</sup>

Nesse sentido, menciona Almeida<sup>46</sup> que:

O Estado passa a ser entendido como um conjunto de órgãos e entidades públicas a serviço de políticas econômicas constitucionalmente adotadas para a implementação dos seus fins, e, assim, a atuação do Estado no domínio econômico pode se manifestar de diversas formas, sempre com a finalidade de implementar suas políticas econômicas.

O Estado age diretamente como sujeito atuante no mercado por intermédio das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Também pode atuar sob regime de monopólio legal (art. 177 da CF) ou como agente regulador pelo regime econômico privado, conforme o art. 173, §§1º e 2º da CF. A atuação direta do

---

regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. pp.267 e 268)

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 1, Fevereiro/Março/Abril, 2005. Salvador, Bahia. p. 7.

<sup>45</sup> ALMEIDA. Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. cit. p.20.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

Estado passa a ser a exceção, dispondo o caput do art. 173 da Constituição que “[...] a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Com a promulgação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, regulamentam-se as concessões e permissões de serviços públicos, que já estavam em andamento antes mesmo da promulgação de nossa Constituição Federal, como era o caso das prestadoras de serviço de energia elétrica.<sup>47</sup>

Mesmo implementando uma política de desestatização de determinados serviços públicos o Estado se viu em uma situação de difícil controle, tendo em vista os diversos setores envolvidos, como por exemplo, energia, telecomunicações, petróleo, o que justificou a criação de autarquias especiais que pudessem regular e fiscalizar tais setores.

O papel das referidas agências seria resguardar que os serviços públicos, ou seja, de total interesse coletivo, estão sendo prestados de forma eficiente, com qualidade e evitar o faturamento excessivo e, sem qualquer segurança ao cidadão brasileiro, dessas empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

Como mencionado anteriormente, a ANEEL foi uma das primeiras agências reguladoras do Brasil, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro

---

<sup>47</sup> BONINI, Mario Roque. Setor Elétrico Brasileiro: o problema do prazo das concessões. Disponível em: <[http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201\\_Setor\\_Eletrico\\_Brasileiro.pdf](http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201_Setor_Eletrico_Brasileiro.pdf)>. p.5. Acesso em: 23 out. 2014.

de 1996, e tem como atribuição a regulação e fiscalização da geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica<sup>48</sup>.

Entretanto, por mais que a ANEEL passou a ter a incumbência de regular e fiscalizar o setor elétrico, a energia elétrica é considerada um serviço de natureza pública – não excluindo as discussões existentes acerca de sua natureza – ocasião em que o Estado teria o poder para intervir.

Com base na Constituição Federal, mesmo com a criação de entes reguladores, o Estado poderá intervir diretamente no domínio econômico, posto que é o Estado que vai decidir de forma independente o que será melhor para a sociedade, política e economicamente.

Bercovici<sup>49</sup> diz, ainda, que:

[...] o Estado é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular os órgãos estatais, seu funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual dos cidadãos.

Dessa forma, como será visto a seguir, a respeito das características e atribuições das agências reguladoras, verifica-se que por mais que as agências reguladoras sejam consideradas entes independentes do Estado, o Estado pode intervir no funcionamento e atuação desses entes, sem, no entanto, interferir na autonomia dessas autarquias de regime especial.

Apesar da criação de um ambiente regulatório, isso não significa necessariamente a exclusão do Estado no acompanhamento da atuação dos agentes econômicos, seja de forma direta ou indireta, por meio dos entes reguladores.

---

<sup>48</sup> BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. Volume 29. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.p.102.

<sup>49</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. São Paulo, Lua Nova N° 61, 2004. p. 6.



Ainda em relação ao sistema regulatório no Brasil, vale mencionar que após a sua implementação durante o governo FHC, com a sucessão democrática e assunção do poder pelo Governo Lula, algumas alterações institucionais foram idealizadas, principalmente no que diz respeito à direção dessas agências.

Relata Binenbojm<sup>50</sup> que:

Logo em seguida, em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia elétrica (ANEEL) tendo por objeto a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame se encontrava em curso.

Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares – como o aumento de tarifas – fossem determinadas pelas agências.

Inicialmente o governo Lula caracterizou esse marco regulatório iniciado pelo governo FHC uma verdadeira “terceirização do Brasil”, levando em consideração a excessiva autonomia política conferida às agências reguladoras, até mesmo, em relação à fixação de tarifas.<sup>51</sup>

Afirmam Nunes, Ribeiro e Peixoto<sup>52</sup> que:

Posteriormente a partir de abril de 2003, as críticas às agências reguladoras se amenizaram, mas permaneceu o interesse do governo Lula em alterar o seu formato. O governo passou a considerar a ideia de criação de contratos de gestão, a serem assinados entre todas as agências e os ministérios correspondentes ao setor regulado e transferir as atribuições de licitação e de concessão dos serviços públicos para os ministérios. Além disso, um grupo de trabalho da Casa Civil coordenado pelo subchefe de assuntos governamentais, Luiz Alberto dos Santos, preparou um relatório para ser encaminhado ao presidente da República propondo a extinção da ANA, e da Ancine, a aceleração do processo de criação da ANAC.

---

<sup>50</sup> BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico nº 3 – agosto/setembro/outubro de 2005. Salvador. p. 9.

<sup>51</sup> NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. Agências Reguladoras no Brasil. Observatório Universitário. Documento de Trabalho nº 65. Janeiro, 2007. pp. 26 e 27.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

Além das referidas sugestões de mudanças o governo Lula oscilou por diversas vezes seu posicionamento quanto à necessidade de alterações institucionais dos entes reguladores, sendo que dentre essas oscilações houve a defesa das agências, considerando indispensável o seu fortalecimento para a promoção do bem estar social, sobrepondo totalmente os ideais defendidos em 2003.<sup>53</sup>

Em abril de 2004 o discurso sofre nova modificação, ocasião em que o governo Lula passa a defender novamente a proposta de criação de um contrato de gestão para cada ente regulador e respectivo ministério setorial.<sup>54</sup>

Relatam Meirelles e Oliva<sup>55</sup> que:

---

<sup>53</sup> NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. Op. Cit.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> “Três objetivos foram a base do esforço de aperfeiçoamento consubstanciado no PL.

Em primeiro lugar, o objetivo de conferir maior uniformidade ao desenho institucional das ARIs. Com base na avaliação de que o processo de criação de ARIs a partir de 1997 não teria obedecido a referências comuns, o projeto quer instituir um marco legal padrão para a operação do conjunto dos órgãos reguladores, algo que é perseguido, por exemplo, por meio da generalização de dispositivos presentes em algumas das leis de criação das ARIs, mas não em todas, e por meio da imposição de exigências indiferenciadas a todas elas no que respeita a seus processos decisórios internos.

Em segundo lugar, o objetivo de realizar a distinção, entendida como necessária, entre as atribuições de formular políticas, por um lado, e de implementar a regulação, por outro. De acordo com esse entendimento, ao não explicitar as fronteiras que demarcam o campo de prerrogativas dos poderes Executivo e Legislativo (a formulação de políticas) e do ente regulador (implementar a regulação), o modelo vigente teria criado indefinições que, entre outras consequências [sic.], poderiam ensejar invasões de competências de parte a parte. Caberia ao PL, portanto, remover tais imprecisões. Finalmente, o PL aponta para uma terceira frente de aperfeiçoamentos, aspecto que nos interessará mais de perto neste artigo. Referimo-nos aqui ao diagnóstico, indicado pelo novo governo, segundo o qual os mecanismos de prestação de contas e responsabilização (*accountability*) previstos pelo modelo atual das ARIs seriam insuficientes, havendo, portanto, a necessidade do seu fortalecimento.

Com relação à essa preocupação, o PL procura dar dois passos. Por um lado, são sugeridos aperfeiçoamentos no que definiremos aqui como dispositivos de “controle social” da atividade das ARs, isto é, dispositivos que visam ampliar a participação e influência do público em geral nos processos decisórios das ARs.

Merece destaque a proposição que prevê que órgãos representativos de consumidores e usuários dos serviços regulados poderão contar com recursos das ARIs para qualificar suas contribuições em processos de consulta pública.

Por outro lado, o PL traz novidades importantes quanto às condições de “controle político” das ARs, os mecanismos de *accountability* perante os poderes eleitoralmente constituídos, isto é, os poderes Legislativo e Executivo. Nessa direção, dois aspectos especialmente devem ser observados: inicialmente, a recomendação, constante da EM, de que emenda constitucional venha a regulamentar mecanismos de prestação de contas das ARs ao Congresso Nacional; e, adicionalmente, a previsão de que as ARs terão suas atividades disciplinadas por contratos de gestão (CGs), pactuados entre elas e os órgãos do Poder Executivo que lhes estão

Em 12 de abril de 2004, o Poder Executivo — por meio do ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República — encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei (PL) versando sobre a “gestão, organização e controle social” das agências reguladoras independentes (ARIs). Como é sabido, ele constitui desdobramento final do esforço de avaliação conduzido pelo novo governo desde o primeiro semestre de 2003 sobre o que, genericamente, tem sido designado como “marco regulatório” das ARIs. Da exposição de motivos (EM) que dá suporte ao PL, assim como do Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial (Brasil, 2003) — documento que precedeu a sua formulação — depreende-se que o propósito fundamental do PL é promover o aperfeiçoamento do “modelo institucional das agências reguladoras” (ARs) gestado ao longo do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, entre 1995 e 1998.

Em síntese o governo Lula, por meio do Projeto de Lei nº 3.337/2004 (“PL”), tinha por objetivo alterar o controle desses entes reguladores, de forma a afastar qualquer possibilidade de conflito de competência entre o Poder Executivo e Legislativo com os respectivos entes; alterar a forma de eleição e alterar os mecanismos de prestação de contas das agências (“accountability”).

Referido PL sofreu diversas sugestões de alteração pela Câmara de Deputados, sendo que em seu conteúdo não havia qualquer alteração em relação ao formato das agências em si, mas principalmente em relação à autonomia e controle das agências.<sup>56</sup>

O funcionamento das agências reguladoras recebeu severas críticas, seja em relação à sua autonomia, considerada demasiada, e baixo grau de

---

diretamente vinculados.” (MEIRELLES, Fernanda and OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. Rev. Adm. Pública [online]. 2006, vol.40, n.4, pp. 545-565. ISSN 0034-7612. pp. 546 e 547.)

<sup>56</sup> “O projeto de lei recebeu 137 emendas na Câmara dos Deputados; boa parte das emendas altera o dispositivo do contrato de gestão ou retorna às agências atribuições que o projeto de lei retorna para os respectivos ministérios.

O relator do projeto, deputado Leonardo Picciani (PMDB-RJ), apresentou à Comissão Especial seu parecer em 29 de junho de 2004. Nem o substitutivo do relator nem as emendas propuseram alterar o projeto de lei no que se refere às distinções entre agências da área de infra-estrutura [sic.] ou da área social; há emendas que propõem diferenciação das regras para uma agência específica, sem contudo caracterizar uma separação setorial nítida. O relator, em sua análise das 137 emendas, recusou várias delas alegando a necessidade de “uniformidade com procedimentos adotados em relação às demais agências”. (PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. Revista de Administração Pública, v. 40, n. 4, p. 523-543, 2006. p.536)

controle social, sob alegação de que facilitava-se o processo de captura por empresas reguladas e sem qualquer defesa do interesse público, seja em relação ao excesso de influências políticas em instituições que deveriam ser neutras, aumentando o risco de afugentar investidores ao definir novas regras de controle sobre estas instituições.<sup>57</sup>

Como no governo Lula não se concretizou qualquer mudança relevante no modelo de agências, nem mesmo por meio do PL, que ainda se encontra em tramitação na Câmara de Deputados<sup>58</sup>, as ações mais concretas implementadas estão contidas nas Leis nºs 10.871/2004 e 11.292/2006, que em síntese buscaram a formação de quadros de pessoal qualificado para as agências, padronizando, assim, cargos e salários, bem como a aprovação da realização de concursos públicos para compor os cargos das agências reguladoras.<sup>59</sup>

Diante disso, verifica-se que as agências reguladoras brasileiras, diferente das agências reguladoras americanas, foram criadas em momento distinto e com a finalidade de uma intervenção indireta do Estado no domínio econômico, de forma a regular e controlar os atos praticados pelos agentes econômicos. Isso porque, as agências reguladoras foram criadas no Brasil durante o governo FHC, em um momento de desestatização e privatização de uma série de serviços públicos que até então eram prestados em sua grande parte diretamente pelo Estado, sendo que apesar das severas críticas sofridas

---

<sup>57</sup> SERAFIM, Lizandra. Controle Social nas Agências Reguladoras Brasileiras: Entre Projetos Políticos e Modelo Institucional. A ANEL nos Governos FHC e Lula (1995-2005). 2007. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). IFCH-UNICAMP, Campinas. p.118.

<sup>58</sup> Projetos de Leis e outras Proposições – Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>59</sup> SERAFIM, Lizandra. Op. Cit. p. 118.

pelo governo Lula, as agências reguladoras mantiveram a sua estrutura institucional.

### 3. CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquias de regime especial<sup>60</sup>. O Decreto-lei nº 200/67<sup>61</sup> apenas nos remete ao conceito de autarquia, qual seja:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.(...)”

Entende-se por uma autarquia um ente descentralizado do governo, isto é, um ente independente. Não há na lei uma definição de autarquia de regime especial, mas nos explica Aragão<sup>62</sup> que:

Em geral a nomenclatura de “autarquia especial” remete a uma maior autonomia da autarquia, às vezes assegurada, como no caso das universidades, pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. Em um sentido mais restrito a denominação representaria apenas a existência de um regime jurídico próprio, especial, distinto daquele genérico previsto no Decreto-lei nº 200/67. O que deve ser frisado é que não há maior grau de autonomia que advenha pura e simplesmente da mera expressão “autarquia de regime especial”, mas sim do regime jurídico objetivamente dado pela lei instituidora da entidade, até porque existem muitas autarquias nominalmente de “regime especial” cuja autonomia nada tem de especial em relação às demais autarquias.

Presume-se que as agências reguladoras possuem uma autonomia além das demais autarquias, podendo legislar acerca de questões específicas relacionadas a essas agências e até mesmo julgar, razão pela qual são consideradas funções específicas das agências: (i) o poder normativo; (ii) a

---

<sup>60</sup> “Já as Agências Reguladoras como as citadas Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), teriam objetivos e características algo diversos: primeiro, que vêm sendo criadas como autarquias de **regime especial**, cujas leis estabelecem que seus dirigentes tenham *mandatos fixos*, e com definitividade de suas decisões em seu âmbito, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração, em princípio (nada estranho, pois como autarquias têm personalidade própria.) (ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das Agências Reguladoras. MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 43.)

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 1967.

<sup>62</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p.273.

autonomia administrativa; (iii) a atividade fiscalizadora; (iv) a atividade sancionatória; (v) a atividade julgadora; e (vi) a autonomia financeira.

Em relação ao poder normativo das agências reguladoras, vale mencionar que as agências são competentes para emitir atos normativos que deverão ser observados e cumpridos pelas pessoas reguladas.

Referidos atos podem ser de caráter normativo propriamente dito, para solucionar conflitos, de fiscalização, investigativo, de forma preventiva ou repressiva.<sup>63</sup>

Tratam-se de atos normativos próprios, específicos e que consideram em seus dispositivos as questões técnicas relacionadas a cada setor regulado pelas agências.

Isso porque, não faria sentido a dependência das agências do Poder Legislativo para tratar de questões técnicas e específicas do setor, considerando não somente a expertise desses entes, mas também a morosidade de um processo legislativo brasileiro, o que justifica o poder normativo concedido ao ente regulador.

A função normativa das agências está diretamente relacionada aos aspectos por elas regulados, sendo que tais atos não podem inovar o ordenamento jurídico ou mesmo contrariá-lo, posto que as agências emitirão normas de cunho operacional, já que, como mencionado acima, não se justificaria que uma questão técnica e específica passasse por todo trâmite do processo legislativo.<sup>64</sup>

No que diz respeito à autonomia administrativa das agências reguladoras, trata-se da possibilidade de contratação e administração do seu

---

<sup>63</sup> BAGNOLI, Vicente. Op. Cit. 61.

<sup>64</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das Agências Reguladoras. MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 55

pessoal em nome da própria agência, desde que observado o ordenamento vigente, lembrando que diferente das demais autarquias os dirigentes das agências reguladoras são detentores de mandato.<sup>65</sup>

Ainda no que se refere à autonomia administrativa das agências reguladoras, afirma Aragão<sup>66</sup> que:

O conceito de autonomia só pode ser elaborado, em termos genéricos, como a margem limitada de liberdade de atuação conferida pelo ordenamento jurídico a pessoas públicas ou privadas. Segundo o âmbito de liberdade concretamente definido pelo direito positivo, o sentido do termo pode sofrer grande variação. Um conceito de autonomia mais rigoroso e definido só pode ser alcançado em função desta ou daquela autonomia específica, tal como juridicamente positivada.

Referida autonomia administrativa das agências reguladoras trata-se de um assunto recente, visto que no passado o Supremo Tribunal Federal, tratava referida autonomia como inconstitucional, uma vez que entendia que em relação aos dirigentes das agências, tanto sua nomeação quanto à sua demissão do cargo caberia ao Presidente da República.<sup>67</sup>

No entanto, esse entendimento foi alterado, sendo a vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências uma demonstração da autonomia e independência administrativa.<sup>68</sup>

Para que as agências possam fiscalizar, regular e até mesmo legislar de maneira imparcial, é preciso que elas mantenham de fato uma autonomia que

---

<sup>65</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. Op. cit. pp. 49 e 50.

<sup>66</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 62.

<sup>67</sup> “Com efeito, há algumas décadas começou a ser instituída, via legislativa, uma série de autarquias de regime especial a cujos dirigentes a lei restringia o poder de exoneração do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer a sua nomeação por mandato determinado. O STF, contudo, à época, considerou inconstitucional este reforço de autonomia por violar o poder de direção do Presidente da República sobre toda a Administração Pública. Esta posição jurisprudencial foi consolidada pela Súmula nº 25, que dispõe “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Apenas recentemente, no julgamento da liminar requerida na ADIN nº1949-0, este entendimento foi revertido.” (*Ibidem*. p. 264.)

<sup>68</sup> BAGNOLI, Vicente. Op. Cit. 61.



independa do Estado, atingindo, assim, a finalidade pela qual foi criada, ou seja, para a descentralização do poder do Estado.

A atividade fiscalizadora das agências é uma das principais atividades por ela exercida e um dos fatores para a sua criação, visto tratar-se de uma forma de controle e regulação do mercado, razão pela qual Aragão<sup>69</sup> entende que:

Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada (cf. Item 8.5), todas as leis que as instituíram preveem o desempenho por parte delas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação.

O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico (cf. Itens 4.11 e 4.13).

Verifica-se, então, a importância do dever de fiscalizar das agências, ou seja, de atuar de forma fiscalizatória evitando condutas irregulares dos agentes econômicos e contrárias ao bom andamento do setor, razão pela qual se classifica como uma de suas principais funções como ente regulador.

Ainda em relação à função fiscalizadora, podemos relacionar duas outras atividades das agências reguladoras, quais sejam, a sancionatória e a atividade julgadora.

A atividade sancionatória está diretamente ligada à atividade de fiscalizar, posto que, a partir do ato de fiscalização que o ente regulador tomará as providências necessárias em caso de infração por parte da pessoa regulada.

---

<sup>69</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. Cit. p. 63.

Em relação à atividade julgadora, as agências reguladoras possuem competência, inclusive, de julgar determinadas práticas exercidas pelas pessoas por elas reguladas, sendo que em alguns casos as agências podem atuar até mesmo como entes mediadores de determinados conflitos, como é o caso da ANEEL<sup>70</sup>.

No que se refere à função julgadora das agências reguladoras explica Barroso<sup>71</sup>:

O exercício dessa função decisória merece atenção especial. Como referido, as agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o poder concedente é parte – hipótese em que se instaura um contencioso administrativo normal com a possibilidade de recurso ao Judiciário em seguida - , quanto as que se instaurarem entre dois ou mais particulares, sejam concessionários ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários exercendo a função decisória tal como árbitro.

Discute-se a respeito da revisão judicial proferida pelas agências reguladoras, visto que as decisões administrativas estão sujeitas a revisão judicial, caso seja do interesse da parte, e já as decisões administrativas das agências somente poderão ser invalidadas pelo Judiciário em caso de

---

<sup>70</sup> Uma das funções da ANEEL é atuar como ente mediador de determinados conflitos. Não se trata de ato obrigatório, mas um ato de prerrogativa das partes. “A mediação está fundamentada na autonomia da vontade, e, portanto, é prerrogativa das partes decidir pela conveniência ou não da instauração do procedimento. Não existe, dessa forma, a participação forçada em procedimentos de mediação. É importante ressaltar, todavia, que mais do que simplesmente participar da mediação, as partes em conflito devem estar genuinamente comprometidas com a ideia de cooperação e resolução do conflito. Para tanto, existem atitudes que resultam numa interação cooperativa entre as partes e que devem ser observadas no decorrer das reuniões, enquanto outras devem ser evitadas, sob pena de continuidade da interação conflituosa e comprometimento das possibilidades de entendimento.

Caso as partes tenham consciência de que a composição dos interesses lhes é mais vantajosa do que o prolongamento do conflito e, conseqüentemente, assumam uma postura de efetiva cooperação no decorrer dos trabalhos, seguramente o mediador obterá êxito na tarefa de aproximar as partes com vistas à implementação do acordo.” (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guiia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guiia_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.)

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit.p. 15.

inconstitucionalidade, sendo comprovada a real inobservância dos princípios constitucionais.<sup>72</sup>

No tocante à autonomia financeira das agências, confere-se às agências reguladoras a arrecadação de receitas provenientes de dotações orçamentárias em geral, bem como de outras fontes tais como taxas de fiscalização e regulação e, ainda, para algumas agências como a ANEEL, a participação nos contratos e convênios celebrados<sup>73</sup>.

No que tange às taxas de regulação e fiscalização ressalta Barroso<sup>74</sup> que:

As leis instituidoras de cada uma das agências, seja no âmbito federal ou estadual, cuidavam de estabelecer taxas de fiscalização ou regulação do serviço público objeto de delegação como uma das importantes fontes de receita dessas autarquias. A doutrina debate acerca da natureza desse recolhimento, alguns defendendo que se cuida de taxa propriamente dita e outros que se trata de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários.

A autonomia financeira das agências se justifica pelo fato de que não poderiam as agências reguladoras depender do Estado para se manterem, visto que a sua criação foi justamente para o fim de descentralizar o poder do Estado.

Ademais, a imparcialidade, autonomia e independência das agências, também estariam comprometidas se esses entes dependessem financeiramente do Estado, principalmente no que diz respeito às possíveis influências políticas que as agências poderiam sofrer.

Nesse sentido afirma Figueiredo<sup>75</sup>:

A verdadeira "independência" ou autonomia de um ente administrativo pode ser determinada por sua liberdade de desfrutar

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit.p. 15.

<sup>73</sup> *Ibidem*. p. 8.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>75</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa. Malheiros Editores, 2005. p. 230.

de recursos materiais suficientes para o desempenho de suas atribuições legais. Maior disponibilidade de recursos implicará menor dependência governamental e maior liberdade de decisão, inclusive em relação aos setores que pretende regular.

Entretanto, por mais que as agências reguladoras possuam recursos próprios para que possam se manter, elas não estão dispensadas dos controles financeiro-orçamentários, vez que a própria Constituição Federal em seu art. 163 e incisos inclui na regulação geral das finanças públicas não só a Administração Pública direta, mas também as autarquias, fundações e outras entidades que estão sob o controle do Poder Público.<sup>76</sup>

É possível notar a importância do ente regulador, vez que a ele é conferida a competência de atuar próximo aos poderes Legislativo e Judiciário, considerando suas funções normativa e julgadora.<sup>77</sup> Importante, ainda, mencionar que a independência e a autonomia das agências é essencial para o exercício de suas funções, bem como para atingir a finalidade pela qual as agências foram criadas.

---

<sup>76</sup> ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das Agências Reguladoras. MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. pp. 46-48

<sup>77</sup> A esse respeito cumpre mencionar que alguns autores discordam dessa competência conferida às agências. Vide a forma como Figueiredo aborda o tema da função normativa e julgadora das agências reguladoras: “De pronto devemos vincar uma distinção entre exercício de *função legislativa ou legiferante*, atividade típica do Congresso Nacional, do Poder Legislativo, nas várias esferas de poder de Federação brasileira, do exercício de *poder (ou capacidade) normativo(a)*; competência que poderá ser exercida por qualquer autoridade desde que fundada em norma jurídica autorizativa e primária.(FIGUEIREDO, Marcelo. Op. Cit. p. 266). Moraes quando trata da independência das agências reguladoras também frisa que “Entende-se que apesar de sua independência, as Agências Reguladoras devem sofrer controle dos Poderes constituídos, em face da necessária manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da idéia de separação de poderes e da manutenção da *centralização governamental*. O *Poder Executivo*, além de permanecer com a iniciativa de lei para criar, alterar e extinguir, mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de lei quais as funções e finalidades da respectiva agência. Mantém ainda a possibilidade de fiscalização por meio de contratos de gestão e a indicação dos dirigentes da agência. Em relação ao *Poder Legislativo*, o desrespeito aos parâmetros básicos estabelecidos na delegação legislativa poderá acarretar a sustação desses atos normativos com base no art. 49, V, da Constituição Federal.” (MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 29.)

### 3.1 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A autonomia e independência das agências reguladoras é um tema bastante discutido entre os doutrinadores. Isso porque, apesar das agências reguladoras possuírem uma autonomia administrativa e financeira, como visto anteriormente, algumas questões podem gerar dúvida quanto à autonomia e independência de fato das agências, razão pela qual a presente pesquisa buscou esclarecer algumas questões nesse sentido.

Um dos questionamentos quanto à autonomia e independência das agências é a sua vinculação ao Ministério do setor que essa regula, vez que tal vinculação poderia de certa forma limitar a autonomia das agências.

Amaral<sup>78</sup> entende que:

[...] as agências são, atualmente, fracas e dependentes. O fato de seus dirigentes terem mandatos fixos não lhes confere, **por si só**, a força necessária ao exercício de sua importante função de gestoras dos contratos de concessão. O desafio que se põe é tornar **real** sua independência e força, tendo sempre presente a noção de que elas têm por função regular **não o setor**, mas **a execução dos contratos de concessão**.

Para o autor, não basta que as agências tenham autonomia administrativa ou financeira para estabelecer que se tratam de entes independentes do Estado, o desafio maior das agências é demonstrar a sua independência no exercício de suas funções, principalmente em relação à execução dos contratos de concessão dos quais são responsáveis.

Já Aragão entende que o fato das agências estarem vinculadas ao Ministério em nada afeta a sua independência ou autonomia, visto que não faria sentido que as agências reguladoras, criadas com o objetivo de regular e

---

<sup>78</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviços Públicos. Novas Tendências. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2012. p. 161.

fiscalizar serviços públicos ou serviços que atendam à coletividade, estivessem totalmente neutralizadas do poder público.<sup>79</sup>

Ressalte-se que a independência das agências reguladoras não está apenas no fato do ente regulador estar ou não vinculado ao Poder Público, mas também em relação à influência dos entes regulados, vez que as agências não devem agir favoráveis ao interesse do regulado, mas sim em favor da sociedade mantendo o equilíbrio de suas ações.<sup>80</sup>

A influência com base no interesse dos entes regulados é denominada como captura. A captura conforme explicado abaixo nada mais é que a regulação de determinado setor pela agência reguladora em benefício do setor regulado:

A “teoria da captura” mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser “adquirido” pela indústria, com “a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício”. Assim, sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas podem influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida. Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a

---

<sup>79</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2006. p.365.

<sup>80</sup> “Por isto não de ser prescritas normas e garantias para que os seus titulares não atuem no interesse de grupos para os quais tenham trabalhado ou para os quais pretendam, formal ou informalmente, trabalhar depois de deixarem a direção da entidade reguladora.

[...] Detalhando o problema, observa o mesmo autor que “os grupos de interesse tendem, desde logo, a capturar as agências reguladoras. Estas nem sempre se destinam a proteger o público, mas podem vir a significar uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora”.

[...]

O problema, certamente, não é específico das agências reguladoras, ocorrendo, em maior ou em menor grau, em toda a administração pública, aqui e alhures. Todavia, quando um ordenamento é setorizado, os seus dirigentes, inclusive pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados, o que, se por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das agências.” (*Ibidem* 44. pp.365-367.)

identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los.<sup>81</sup>

Dessa forma, verifica-se a necessidade e importância de manter a autonomia administrativa e financeira das agências, pois por mais que tais funções não indiquem de fato a independência das agências, auxilia a mitigar os riscos da captura.

Deve haver uma equidistância das agências tanto do Poder Público quanto dos agentes regulados, nesse sentido relata Fachin<sup>82</sup>:

Dando mais autonomia às agências reguladoras, tenta-se criar um instrumento mais transparente do controle do que as antigas estruturas burocráticas, permeáveis de práticas de *rent seeking*. A estruturação de uma entidade reguladora deve garantir a sua equidistância em relação aos atores sociais envolvidos e dificultar a sua captura por qualquer área de interesse. O modelo que se propõe coloca a agência reguladora no centro de um triângulo isósceles, tendo o Governo num dos vértices e os operados (empresas reguladas) e os usuários nos outros dois vértices, tentando obter uma equidistância da agência destes agentes.

Mattos<sup>83</sup> também defende o fato da necessidade das agências estarem vinculadas ao Estado por meio dos Ministérios:

Mesmo sofrendo a supervisão ministerial a que se sujeitam os órgãos da Administração Indireta, incluídas neste contexto as autarquias sob o regime comum e especial, não deverá haver prejuízo para o bom funcionamento das agências reguladoras que possuem como objetivo central a produção de resultados, vinculados a um determinado plano de execução. Portanto, a agilidade da agência reguladora e a sua dedicação ao controle de eficiência dos serviços privatizados não contempla a tradicional burocracia do Estado.

Outra questão relacionada à independência das agências reguladoras é o limite a que essas também estão sujeitas quanto ao ordenamento jurídico

---

<sup>81</sup> CIVIL, CASA. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2003. p. 12.

<sup>82</sup> FACHIN, Roberto C. Reforma do Estado e Agências de regulação: O caso do Rio Grande do Sul. Trabalho apresentado no Seminário Internacional "Reestruturação e Reforma do Estado: Brasil e América Latina no Processo de Globalização" São Paulo, FEA/FIA/USP, 18-21 de maio 1998.

<sup>83</sup> DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; SOCIAL, Seguridade. Agências reguladoras e as suas características. 1999. p.6.

vigente. Por mais que as agências tenham autonomia, inclusive normativa, as agências devem observar os princípios constitucionais que impõem limites ao grau de discricionariedade tanto da Administração Pública Direta quanto da indireta.<sup>84</sup>

Nesse sentido, nos ensina Tura que não se deve confundir a autonomia das agências reguladoras como soberania, as agências, por mais que se tratem de autarquias de regime especial, estão condicionadas ao controle conferido à Administração Pública Indireta.<sup>85</sup>

Explica o autor que:

25. Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.<sup>86</sup>

A autonomia das agências reguladoras é importante para que essas atuem com liberdade no ambiente regulado, de forma que os interesses da coletividade não sejam de, certa forma, prejudicados.

Os atos das agências devem ser céleres e a restrição de seus atos confrontaria a função pela qual foram criadas. O que deve ficar claro é que o

---

<sup>84</sup> “Independência é também um conceito multifacetado. O conceito usualmente busca distanciar o desenho e execução da função regulatória de muitas das pressões administrativas e políticas do governo. Paralelamente, independência implica em não envolvimento da agência com os interesses dos regulados – produtores, consumidores e outros agentes no domínio regulatório. Há uma certa correlação entre cada um desses relacionamentos e o arranjo institucional a partir do qual a regulação é concebida e posta em prática. Assim, sob essa abordagem complexa, a transparência de regras é fundamental para assegurar a independência no exercício e no resultado das funções regulatórias.” CIVIL, CASA. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2003. p. 13.

<sup>85</sup> TURA, M. A. R. . Op. Cit. p. 7.

<sup>86</sup> *Ibidem*.p. 15.



mesmo que as agências possuam autonomia, isso não significa que esses entes não possuem limites em suas atribuições, tampouco a ausência de controle.

Diante disso, conclui-se que as agências reguladoras possuem sim uma autonomia que as diferenciam das autarquias comuns, porém apesar de se tratarem de entes autônomos, as agências, assim como a Administração Pública Direta, devem seguir os ditames previstos no ordenamento jurídico, visto que um dos objetivos para a criação das agências é manter um equilíbrio na relação entre entes regulados, usuários dos serviços prestados pelo agente econômico e o Poder Público.

O fato das agências estarem vinculadas a um ministério, terem que seguir os ditames previstos no ordenamento jurídico e terem seus atos fiscalizados e sofrerem o mesmo controle que a Administração Pública Direta, não significa que a autonomia desses entes encontra-se prejudicada, pelo contrário, contribui para mitigar os riscos de captura tanto em benefício do setor regulado quanto do Poder Público, bem como evita qualquer interferência política na atuação desses entes.

Ademais, as agências reguladoras regulam serviços públicos ou serviços de interesse público, vez que envolve a coletividade, como é o caso da ANS – Agência Nacional de Saúde, razão pela qual se faz necessária a presença do Poder Público em sua atuação desde que esse mantenha uma equidistância e respeite a autonomia administrativa, fiscalizatória, sancionatória, financeira e julgadora das agências, sem qualquer interferência política em seus atos.

### 3.2 GESTÃO E CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Os atos emitidos e praticados pelas agências reguladoras, por se tratarem de autarquias de regime especial, entes pertencentes à Administração Pública Indireta, são regidos pelo direito público e em caso de omissão, suplementados pelo direito privado.<sup>87</sup>

Quando se fala em controle administrativo das agências refere-se ao controle interno realizado por suas diretorias, seja por meio de atos praticados de ofício ou através de provocação recursal pelo agente regulado.<sup>88</sup>

No que diz respeito aos recursos administrativos em face de decisão proferida pela agência, Menezello relata que *“a decisão proferida pela agência é coisa julgada administrativa, não cabendo mais nenhum tipo de recurso na esfera estatal, visto que elas são as únicas responsáveis por suas próprias decisões.”*<sup>89</sup>

Ainda nesse sentido, esclarece Menezello<sup>90</sup> que:

A agência deverá emitir decisões somente após a análise apurada da legalidade dos pedidos feitos, por meio de uma sequência ordenada de atos, consoante o direito posto, denominado procedimento ou processo administrativo. De todas as decisões proferidas em processo ou procedimento administrativo, caberá aos agentes regulados, ou a qualquer cidadão, direito de interpor *recurso administrativo* com a finalidade de obrigar a um reexame mais acurado do previsto na letra a, do inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que determina *“ser a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa do direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”*.

---

<sup>87</sup> MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73.

<sup>88</sup> “É mediante o recurso administrativo por usuários e agentes econômicos podem pedir um reexame por parte da agência de um ato que julguem inadequado, desarrozoado, ilegal e/ou imotivado.” (MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. Op. cit. p. 50.)

<sup>89</sup> *Ibidem*. p. 74.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

Dessa forma, verifica-se que das decisões proferidas pelas agências reguladoras em face de recurso administrativo já apresentado pelo usuário ou agente regulado não caberá recurso na esfera administrativa, mas nada impede o seu reexame na esfera judicial.

Além do controle interno exercido pelo próprio ente regulador, existe um controle exercido pelos poderes constituídos pelo Estado que como denomina Moraes, “*confirma a necessidade de manutenção do binômio centralização governamental e descentralização administrativa*”.<sup>91</sup>

O mesmo autor explica a necessidade dessa interferência estatal por meio do controle dos Poderes constituídos de forma a manter um equilíbrio, o que se caracterizaria como sistema de freios e contrapesos.<sup>92</sup>

Quanto ao sistema de freios e contrapesos, as agências reguladoras, apesar de sua expertise, precisam manter um canal comunicativo com o Estado, o que não necessariamente significará a submissão desses entes ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, mas sim uma relação para o fim de unir a regulação com a ideia de políticas públicas, visto que as agências possuem metas e diretrizes que devem ser observadas.<sup>93</sup>

Outra forma de controle dos atos das agências reguladoras é o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Referido controle tem por objetivo evitar atos irregulares por parte das agências, bem como a captura, já tratada anteriormente, ou seja, que as agências pratiquem atos em benefício dos interesses dos agentes regulados.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p.29.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> BINENBJM, Gustavo. Op. Cit. pp. 12-15.

<sup>94</sup> ALMEIDA. Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. Cit. p. 41.

Em relação ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, esse está previsto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal<sup>95</sup>, que estabelece que a fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes pertencentes à administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.<sup>96</sup>

Dentre as diversas atribuições do Tribunal de Contas da União, Almeida<sup>97</sup> destaca:

Deverá, ainda, por atribuição, dar parecer prévio quanto às contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, exercer auditoria financeiras, contábil, orçamentária, operacional e também patrimonial sobre os entes regulados e sobre as agências reguladoras, apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e quaisquer valores públicos. Também compete apreciar a legalidade de atos de admissão do pessoal e o que lhes corresponder como proventos, aposentadoria e pensões, verificar a legalidade das licitações e contratos, fiscalizar contas e tomar providências na verificação de ilegalidade (respeitando o que dispõe o art. 71 da CF).

Compete ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a parte contábil e orçamentária das agências reguladoras, podendo, também, realizar auditorias internas para essa verificação.

Dessa forma, explica Fidalgo que:

De acordo com a Constituição Federal de 1988, portanto, as agências reguladoras, como entidades integrantes da administração

---

<sup>95</sup> “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.)

<sup>96</sup> FIDALGO, Carolina Barros. O Controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 92 e 93.

<sup>97</sup> ALMEIDA. Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. cit. p.103.

pública indireta e responsáveis por recursos públicos, são obrigadas a prestar contas anualmente para o Tribunal de Contas e podem sofrer, a qualquer momento, fiscalização de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Ressalte-se que cabe ao Tribunal de Contas da União não só o controle contábil e financeiro das agências reguladoras, mas também a fiscalização quanto ao desempenho desses entes, de forma a verificar se estão atendendo as finalidades pelas quais foram criadas.<sup>98</sup>

Ainda nesse sentido, explica a mesma autora que:

Comprovando a relevância dessa questão no cenário internacional, no que diz especificamente à regulação da economia, a Organização Internacional das Instituições Superiores (INTOSAI), da qual faz parte o Brasil, representado pelo Tribunal de Contas da União, e outros 187 países, criou um documento chamado *Implementation Guidelines for Performance Auditing*, versando sobre o objetivo e abrangência das auditorias operacionais ou de desempenho realizados nos órgãos ou entidades reguladoras de cada país.<sup>99</sup>

Dessa forma, com base em algumas regras estabelecidas pela *International Organisation of Supreme Audit Institutions* – INTOSAI, o Tribunal de Contas realizará o controle da economia, eficiência e efetividade das agências reguladoras.<sup>100</sup>

A INTOSAI é uma organização internacional de auditoria de instituições superiores e funciona há mais de 50 anos como uma organização guarda-chuva para a comunidade de auditoria externa de governo, de forma a promover o desenvolvimento e transferência de conhecimentos, melhorar a auditoria de governo mundial e reforçar as capacidades profissionais, sendo o

---

<sup>98</sup> ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. cit. p. 95.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>100</sup> FIDALGO, Carolina Barros. Op. Cit. p. 94.

seu lema: *'Experientia mutua omnibus prodest'*, ou seja, o intercâmbio de experiências entre os membros da INTOSAI e as conclusões.<sup>101</sup>

Trata-se de uma organização autônoma, independente e não política. É uma organização não governamental com “status” consultivo especial junto ao Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas.<sup>102</sup>

Ressalte-se que por mais que o Tribunal de Contas possa realizar auditorias para fiscalização das agências reguladoras, com base nas melhores práticas de Controle Externo e Regulação adotadas pela INTOSAI<sup>103</sup>, deve se respeitar a autonomia decisória desses entes, visto que o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União não se trata de uma regulação de mercado, não podendo prejudicar a autonomia e independência das agências, sobretudo no que diz respeito à regulação técnica do setor regulado por esses entes.<sup>104</sup>

Em relação ao controle exercido pelo Ministério Público, estabelece o art. 127 da Constituição Federal que “O Ministério Público é instituição

---

<sup>101</sup> “*The International Organisation of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) operates as an umbrella organisation for the external government audit community. For more than 50 years it has provided an institutionalised framework for supreme audit institutions to promote development and transfer of knowledge, improve government auditing worldwide and enhance professional capacities, standing and influence of member SAIs in their respective countries. In keeping with INTOSAI's motto, 'Experientia mutua omnibus prodest', the exchange of experience among INTOSAI members and the findings and insights which result, are a guarantee that government auditing continuously progresses with new developments. INTOSAI is an autonomous, independent and non-political organisation. It is a non-governmental organisation with special consultative status with the Economic and Social Council (ECOSOC) of the United Nations.*”

*INTOSAI was founded in 1953 at the initiative of Emilio Fernandez Camus, then President of the SAI of Cuba. At that time, 34 SAIs met for the 1st INTOSAI Congress in Cuba. At present INTOSAI has 192 Full Members and 5 Associated Members.*” (INTOSAI - International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponível em <<http://www.intosai.org/about-us.html>> Acesso em: 23 out. 2014.)

<sup>102</sup> INTOSAI - International Organization of Supreme Audit Institutions. Disponível em: <<http://www.intosai.org/about-us.html>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

<sup>103</sup> “As melhores práticas indicam 22 (vinte e duas) diretrizes a serem seguidas pelas Entidades de Fiscalização Superior na fiscalização das agências reguladoras. Essas diretrizes são, por sua vez, divididas em cinco seções: (i) competência técnica; (ii) conhecimento do ambiente da regulação econômica; (iii) análise da regulação sobre fornecimento de serviços; (iv) análise da regulação sobre os preços dos serviços; e (v) análise do papel dos reguladores no desenvolvimento da concorrência.” (FIDALGO, Carolina Barros. Op. Cit. p. 99)

<sup>104</sup> FIDALGO, Carolina Barros. Op. Cit. pp. 100 e 101.

*permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".<sup>105</sup>

Como se pode verificar, ao Ministério Público compete zelar pela ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo que as agências reguladoras foram entes criados pela Administração Pública Direta para regular principalmente serviços que anteriormente competiam ao Estado e serviços que atingem a coletividade na qualidade de usuários, o que demonstra ainda mais a estreita relação entre os atos praticados pelas agências e o papel fiscalizador exercido pelo Ministério Público.

No que diz respeito aos atos praticados pelas agências reguladoras, quando considerados defeituosos, excessivos, irregulares e prejudiciais à sociedade, poderá o Ministério Público utilizar dos instrumentos que lhe cabem para tornar efetivo o seu controle, sendo possível até mesmo o ajuizamento de ação civil pública.

Nesse sentido explica Almeida<sup>106</sup>:

Por essas vias, os atos defeituosos poderão ser questionados judicialmente, bem como, independentemente da via judicial, pode o Ministério Público instaurar inquérito civil público para colheita de provas e informações quanto ao desempenho das funções próprias das agências reguladoras, a fim de tomar as medidas que forem necessárias para regular o desempenho dessas autarquias especiais.

Dessa forma, em síntese, tendo em vista não ser objeto do presente estudo, o Ministério Público possui diversos instrumentos que poderão ser

---

<sup>105</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

<sup>106</sup> ALMEIDA. Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. cit. p. 126.

utilizados para a realização desse controle, como ação civil pública, o inquérito civil e o Termo de Ajustamento de Conduta.

Por fim, além dos controles exercidos pelo Tribunal de Contas da União, do Ministério Público, há o controle exercido pelo Poder Judiciário.

Conforme estabelece o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, trata-se do princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, aplicável, inclusive, em relação às decisões proferidas pelas agências reguladoras.<sup>107</sup>

Barroso<sup>108</sup> ensina, ainda, que:

Em matéria de controle dos atos administrativos, costumam-se distinguir, para fins de controle do Poder Judiciário, duas modalidades: o controle de mérito e o controle de legalidade. O Judiciário, em regra, somente pode exercer, em relação aos atos administrativos em geral, um controle de legalidade; apenas pode verificar se a lei a qual o administrador está vinculada foi cumprida.

Não cabe ao Poder Judiciário discutir o mérito do ato administrativo, mas tão somente verificar se o referido ato é legal, legítimo e observou o estabelecido na Constituição Federal, principalmente no que diz respeito à competência, forma e finalidade do ato.<sup>109</sup>

Barroso ressalta, ainda, que em relação ao mérito do ato administrativo, esse somente será passível de exame pelo Poder Judiciário, caso verifique-se que o ato não respeitou os princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência, princípios esses aplicáveis aos atos administrativos.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 126.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 126 e 127.

<sup>109</sup><sup>109</sup> *Ibidem*. p. 127.

<sup>110</sup> *Ibidem*.



Na mesma linha que Barroso, Almeida<sup>111</sup> explica que:

A justificativa do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário é legítima: visa proteger interesses e o patrimônio público, assegurar direitos e garantias individuais e coletivas previstas constitucionalmente e promover a responsabilização de administradores e administrados, quer na esfera cível, quer na criminal.

O controle judicial, portanto, deverá preservar a legalidade, a forma do ato e a intenção do agente, devendo obedecer ao devido processo legal e garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, XXXIX, LIV, e LV, da Constituição Federal), sob pena de nulidade, sendo promovido pela parte que se julgar prejudicada, pelo Ministério Público ou por qualquer interessado.

Contudo, não se pode confundir o mérito administrativo, sua discricionariedade com a análise dos motivos determinantes, que são passíveis de verificação pelo Poder Judiciário.<sup>112</sup>

Explica Meirelles que por mais que o Poder Judiciário não possa julgar sobre a conveniência ou a oportunidade da aplicação de uma penalidade estabelecida administrativamente, caberá ao Judiciário sim analisar seu cabimento e a regularidade formal de sua aplicação.<sup>113</sup>

Isso porque, os atos administrativos devem ser motivados, sendo que ficam assim vinculados aos motivos pelos quais foram praticados.

Explica Meirelles<sup>114</sup> que:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

---

<sup>111</sup> ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. Op. cit. p. 113.

<sup>112</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo, 2009. 35ª Edição, Malheiros Editores. p. 718.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*. p. 200

Ressalta, assim, o autor de que independentemente do ato administrativo, ou seja, se ele exigir ou não a motivação, essa atuará de forma vinculante.

Diante disso, verifica-se a importância de manter um controle sobre os atos praticados pelas agências reguladoras, de forma a manter o efetivo desempenho de suas atribuições, sem que seus atos excedam aos limites a elas atribuídos e para que as agências não fujam da finalidade pela qual foram criadas, agindo em favor de interesses diversos.

#### **4. EVOLUÇÃO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL E A CONSEQUENTE NECESSIDADE DE REGULAÇÃO**

Para compreender a criação da ANEEL e a regulação do setor de energia elétrica é importante entender em linhas gerais como se desenvolveu o setor elétrico no Brasil.

Inicialmente o setor de energia elétrica não era regulado, pelo contrário, não se tinha controle de fato desse serviço e não era claro, como até hoje gera dúvida nesse sentido, se a energia elétrica se tratava ou não de um serviço público.

É possível afirmar que o desenvolvimento e evolução do setor elétrico no Brasil acompanharam os passos do desenvolvimento do Estado, ocasião em que se pode afirmar, ainda, que o setor elétrico passou por três principais fases, iniciando em 1880 e finalizando na década de 90 com as privatizações.<sup>115</sup>

Como relata Furtado a respeito da formação econômica no Brasil, o Brasil durante todo período colonial se destacou como um produtor de matéria prima industrial.<sup>116</sup>

Uma das razões pelo atraso da industrialização no Brasil foi justamente o fato do Brasil passar boa parte de sua formação econômica como um local utilizado tão somente para se extrair matéria prima, sendo que esse papel apenas foi alterado a partir da expansão cafeeira, fim da mão de obra escravocrata e início da formação do mercado de trabalho e da industrialização.

---

<sup>115</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Regulação da exploração da eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional. Curitiba: Ed. CRV, 2013. 305 p. ISBN 9788580426076.p.137.

<sup>116</sup> FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil, 1959.

Um dos principais produtos fornecido pelo país e que foi fonte de sua economia por diversos anos foi o açúcar. Durante um longo período os engenhos de açúcar se destacaram na economia brasileira, assim como posteriormente a mineração e a produção e exportação de café.<sup>117</sup>

No que diz respeito à energia elétrica, com o desenvolvimento da produção de café no Brasil, houve um grande movimento que impulsionou o setor urbano na economia, o que conseqüentemente gerou no surgimento de cidades e expansão do setor de construção civil e infraestrutura, razão pela qual se inseriu as primeiras iniciativas de uso da energia elétrica no país.<sup>118</sup>

Isso porque, com o desenvolvimento das áreas urbanas a energia passa a ser um fator importante e necessário, o que acaba por demandar o seu desenvolvimento nos locais onde a população passa a crescer, bem como a indústria começa a dar os seus primeiros passos.

Nesse sentido se destacam os seguintes momentos:

As experiências pioneiras no Brasil voltaram-se para a iluminação e o transporte públicos. **O marco inicial é 1879, quando foi inaugurado, no Rio de Janeiro, o serviço permanente de iluminação elétrica interna na estação central da ferrovia Dom Pedro II (Central do Brasil);** a fonte de energia era um dínamo. Em 1881, na mesma cidade, ainda fazendo uso de dínamos acionados por locomóveis, **instala-se a primeira iluminação pública num trecho do jardim do Campo da Aclamação, a atual praça da República.** No mesmo ano, na inauguração da Exposição Industrial, a energia elétrica foi utilizada para iluminar dependências do edifício do Ministério da Viação no largo do Paço (atual praça XV), também no Rio de Janeiro. **Em 1883, começa a operar a primeira central geradora elétrica, com 52 kW de capacidade, em Campos (RJ);** tratava-se de uma unidade termelétrica, movida a vapor gerado em caldeira a lenha, para alimentar 39 lâmpadas. Esse empreendimento inaugurou a prestação de serviço público de iluminação na América do Sul. Nos transportes coletivos, o uso pioneiro da eletricidade como força motriz ocorreu em 1883, em Niterói, com a primeira linha brasileira de bondes elétricos a bateria.<sup>119</sup> (grifo nosso)

<sup>117</sup> GOMES, Antônio Claret S. et al. O setor elétrico. BNDES. BNDES, v. 50, p. 1964-1973, 2006. p.1.

<sup>118</sup> *Ibidem.*

<sup>119</sup> *Ibidem.*

Esse período de desenvolvimento da energia elétrica, com a implantação da iluminação pública na Estação D. Pedro II, no Rio de Janeiro, pode ser caracterizado como o primeiro período ou primeira fase do setor elétrico no Brasil.<sup>120</sup>

Explica Guimarães que após o período de abolição à escravatura, com o início da industrialização no Brasil, houve um aumento relevante da massa de trabalhadores assalariados, bem como a chegada de imigrantes e a necessidade de um apoio público aos ex-proprietários de escravos para que esses pudessem desenvolver suas lavouras, o que acabou gerando na escassez de moeda nacional, sendo que uma das formas para diminuir esse déficit, foi a atração do capital estrangeiro investindo no setor industrial.<sup>121</sup>

Em 1898, com o início das reformas financeiras no Brasil e a atração do capital estrangeiro, ingressam no país as empresas *Light* e *AMFORP*, durante esse período a indústria energética se destacou com essas duas grandes empresas e com alguns pequenos grupos de centrais hidrelétricas e termelétricas.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p. 137.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>122</sup> "Especificamente no cenário energético, seu movimento de expansão se dá em duas frentes: produção de material elétrico, tais como postes, lâmpadas e cabos, e geração e distribuição de energia, englobando também a iluminação pública. A realização destes serviços era feita ou por pessoas físicas ou por pequeno grupo de pessoas, as quais eram proprietárias de fábricas e passaram a explorar pequenos potenciais, seja para a autoprodução, visando à eficiência e aumento de sua produção, seja para atender à pequena população que se aglomerava ao redor. A iluminação pública, em um primeiro momento, e a expansão da distribuição e geração de energia elétrica, posteriormente, são marcadas por investimentos estrangeiros notadamente da *Light* e da *AMFORP*. Porém, são de grande destaque os movimentos do empresariado nacional ligado à agricultura de exportação, tecelagem e serviços públicos, rumo à implantação de pequenas centrais de geração de energia elétrica. A indústria de energia elétrica, portanto, no início do século XX, se polarizava em dois grupos: um, formado por pequenas centrais hidro e termelétricas de propriedade de pequenos industriários; e outro, formado pelas gigantes *Light* e *AMFORP*, com sistemas tecnológicos bem mais modernos." (*Ibidem*, p.139)

Nesse período o setor energético era monopolizado por essas empresas e assim ficou até a instituição do Código de Águas, que possuía um ideal nacionalista, conforme será visto a seguir.

A entrada do capital estrangeiro no Brasil e os investimentos no setor elétrico foi o marco inicial do setor de energia elétrica. Foi nesse momento que surgiram empresas de energia elétrica e que os primeiros focos de geração foram criados.

Já no início do século XX, começam a surgir outros produtores de energia como a Companhia Paulista de Força e Luz; o grupo canadense *Light* constitui em solo brasileiro a *São Paulo Railway, Light and Power Company Ltd.*<sup>123</sup>; em 1905 surge a *The Rio de Janeiro Tramway Light and Power Co.* e a *São Paulo Eletric Company.*<sup>124</sup>

O destaque em relação às empresas estrangeiras era tamanho, que referidas empresas aproveitaram o momento favorável de investimento no Brasil, adquirindo, inclusive diversas companhias nacionais.

Relata Guimarães que:

Em 1927, é a vez da gigantesca *Electric Bond and Share Co.*, via *American and Foreign Power Company (AMFORP)*, aportar no Brasil. Por meio do estabelecimento de um oligopólio, cartelizou-se as atividades ligadas à energia elétrica: ficou acertado que a *Light* atuaria no eixo Rio-São Paulo, e, a *AMFORP*, no interior paulista e

---

<sup>123</sup> “A distribuição de energia elétrica estável e segura na cidade do Rio de Janeiro foi inaugurada em 30 de julho de 1907. Para chegar à então Capital Federal do Brasil, em 1904 o Grupo Light fundou, no Canadá, a empresa The Rio de Janeiro Tramway, Light and Power Co.Ltd., que recebeu autorização do governo brasileiro para funcionar na cidade em 30 de maio de 1905.

De lá para cá, o Grupo Light investiu na construção de usinas hidrelétricas, contribuindo diretamente para o processo de industrialização do Brasil. Enquanto isso, a empresa assumia, no Rio de Janeiro, a gestão de diversos serviços públicos, além da geração e distribuição de energia elétrica – como o fornecimento de gás, o transporte público, a telefonia e a iluminação pública. Sua atuação foi essencial para a modernização da cidade, que no início do século XX vivia a efervescência de sua belle époque.” História da Light - Disponível em <<http://www.light.com.br/grupo-light/Quem%20Somos/historia-da-light.aspx>> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>124</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p 140.

várias outras capitais estaduais. A *AMFORP* cria no Brasil a *holding* Empresas Elétricas Brasileiras. Esta situação perduraria até 1960.<sup>125</sup>

A entrada do capital estrangeiro no Brasil propiciou não só o desenvolvimento do setor elétrico, com o aumento da capacidade instalada, mas também o desenvolvimento da indústria no país, principalmente no que diz respeito à infraestrutura e mão de obra.<sup>126</sup>

Verificando a necessidade de um controle por parte do Estado, em relação ao setor elétrico, uma segunda fase foi marcada pela criação do Código de Águas instituído em 1934.<sup>127</sup>

A criação do Código de Águas foi um marco legal importante para o setor elétrico, pois foi a partir desse momento que a energia elétrica passou a ser um bem público, sendo essa uma das razões pela qual se questiona quanto à classificação do serviço de energia elétrica como serviço público.

Apesar do ápice do setor elétrico ter ocorrido em função de investimentos estrangeiros no setor, o Estado passa de liberal, para um Estado que se preocupa com a geração de energia elétrica, razão pela qual passa a estar à frente do processo produtivo, bem como vê a necessidade de regulação do setor.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p 140.

<sup>126</sup> *Ibidem*. p. 141.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pp. 141 e 142.

<sup>128</sup> “Quanto ao setor elétrico, esta ideia toma forma jurídica com a publicação do Código de Águas e vai assumindo contornos cada vez mais crescentes ao redor do conceito de nacionalismo. Assim foi durante os Governos de Getúlio Vargas e de Juscelino Kubitschek, cuja diferença consistia apenas no grau de investimento estrangeiro aceitável para impulsionar o setor elétrico. Enquanto no Governo Vargas as expansões na capacidade instalada, por parte de empresas de capital estrangeiro, apenas foram autorizadas em razão do impasse tarifário e iminência de escassez energética, no Governo JK houve a deliberada intenção de atrair investimentos estrangeiros, visto como fundamental ao desenvolvimento dos setores de estrutura e indústrias de base. Para isso criou-se um ambiente institucional e econômico-financeiro favorável, de modo a evitar práticas especulativas e aplicação de recursos onde não fosse realmente necessário. Reflexo disso é a criação da Eletrobrás, órgão destinado a colocar o setor elétrico à frente do processo industrializatório e desenvolvimentista traçado pelos governantes da época.” (*Ibidem*, pp.144. e 145)

Esse período foi marcado por um intenso movimento nacionalista. No Brasil, ocorre uma redução das importações de forma a manter um equilíbrio na balança comercial, visto a impossibilidade de exportação e a paralisação da entrada de capital estrangeiro no país como forma de política protecionista e consequência da crise de 1929.<sup>129</sup>

Acompanhando esse período nacionalista, o Código de Águas estabeleceu que as concessões para aproveitamento dos potenciais hidráulicos somente poderiam ser outorgadas para empresas, cujos acionistas fossem brasileiros.<sup>130</sup>

Entretanto, a aceitação por parte das empresas que prestavam esse serviço, das novas regras estabelecidas pelo Código de Águas, principalmente, em relação às tarifas e modificação das instalações, não foi algo tão fácil, razão pela qual após 5 anos da instituição do Código de Águas os contratos de concessão existentes não foram alterados e houve uma crise de escassez de energia, o que acabou gerando na criação do Conselho Nacional de Águas e Energia – CNAEE.<sup>131</sup>

Cumprе mencionar que o Código de Águas e seu teor nacionalista não agradou as grandes companhias, como foi o caso da *Light*, posto que trazia princípios reguladores do setor muito rígido, seja em relação à fixação das tarifas, seja ao restringir as autorizações e concessões apenas aos brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p. 146.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>131</sup> “Esse órgão, vinculado diretamente à Presidência da República, responsabilizava-se por organizar a política de energia elétrica do Governo Federal.” (GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. pp.148 e 149.)

<sup>132</sup> **“Ainda que o Código não tenha sido plenamente implementado, sua inspiração nacionalista provocou incertezas regulatórias que desencorajaram investimentos dos grandes grupos estrangeiros instalados no país.** O desestímulo dos empresários e a restrição às importações de máquinas e equipamentos durante a Segunda Guerra Mundial



Ainda, nesse sentido, vale esclarecer que o Estado não só passa a fiscalizar o setor elétrico e regulá-lo, mas também inicia um projeto de participação em sua produção, por meio da criação da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF.<sup>133</sup>

A partir de 1945 o governo federal iniciou a participação no setor, com a criação da CHESF, cujo funcionamento se deu em 1949, possibilitando a duplicação da capacidade instalada na região nordeste.<sup>134</sup>

Para o suprimento da região sudeste, em especial Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, em 1957, houve a criação de Furnas.<sup>135</sup>

A inserção do Estado no setor elétrico se deu também através da criação das Centrais Elétricas de Minas Gerais – CEMIG, em 1951 e das Centrais Brasileiras S.A. – Eletrobrás a partir de 1961, por meio da Lei nº 3.890-A de 25 de abril de 1961, cujo objetivo principal era a realização de projetos, estudos, construção e operação de usinas e linhas de distribuição e transmissão.<sup>136</sup>

Para Guimarães, apesar da existência do Código de Águas, não é possível afirmar que o setor elétrico durante esse período era um setor regulamentado, pelo contrário, o setor foi marcado por grandes lacunas, inclusive, no que tange à revisão dos contratos de concessão, sendo que essa

---

reduziram efetivamente o ritmo de expansão da capacidade instalada, em descompasso com o crescimento do consumo. Essa conjuntura desencadeou limitações de oferta que se manifestaram no não atendimento de novas ligações, no aumento do nível médio de utilização da capacidade instalada a níveis que comprometiam as margens de segurança e no emprego de artifícios operacionais, como a queda na frequência [sic.] e na voltagem da energia durante os horários de pico de consumo.” (grifo nosso) (GOMES, Antônio Claret S. et al. Op. cit. pp.4 e 5.)

<sup>133</sup> GOMES, Antônio Claret S. et al. Op. cit. p. 5.

<sup>134</sup> ROSIM, Sidney Olivieri. Geração de energia elétrica-Um enfoque histórico e institucional das questões comerciais no Brasil. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. pp. 6 e 7.

<sup>135</sup> *Ibidem.*

<sup>136</sup> *Ibidem.*

dificuldade de regulamentação está diretamente relacionada “à política monopolista e concentradora empreendida pelas empresas de capital estrangeiro durante o período da República Velha”.<sup>137</sup>

Em relação ao período político em que se encontrava o Brasil, relata Guimarães que:

Em 1945, Getúlio Vargas é deposto pelos militares, angariados pelos fortes movimentos democráticos da época. Em setembro de 1946 é aprovada nova Constituição. Pode-se afirmar que o caráter intervencionista das constituições anteriores encontrava-se ainda presente. Contudo, não há mais previsão de nacionalização das fontes hidráulicas. Também de destaque é o art. 15, §2º, por meio do qual a tributação sobre a energia elétrica teria a forma de imposto único, antecipando, assim, a criação do Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE), feitas anos mais tarde.

Ganha ainda mais força, com o fim da Segunda Guerra Mundial o discurso do “Estado Intervencionista”, “Estado do bem-estar social”, pautado na clara noção de que há determinados setores da economia vitais e estratégicos para a promoção do desenvolvimento e realização da felicidade do homem, que para se reproduzirem necessitam do Estado.<sup>138</sup>

A partir daí tiveram diversos planos de Eletrificação dentre eles é possível destacar o Plano SALTE, a Missão Cooke e a Missão Abbink, que tinham como objetivo propor soluções para superar os problemas energéticos da época, no entanto as sugestões e medidas não foram suficientes para impulsionar o setor energético<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> “A dificuldade de regulamentação é consequência direta da política monopolista e concentradora empreendidas pelas empresas de capital estrangeiro durante a República Velha, bem como dos processos de industrialização e urbanização, onde a energia elétrica assumia importância crescente, porém desconheciam-se o modo de inseri-la de vez no processo produtivo. Em segundo lugar, há um maior controle e centralização no Governo Federal sobre os potenciais de energia elétrica, uma vez que, pelo Código, as outorgas e concessões são de competência do Estado e está autorizado a controlar e fiscalizar os aspectos econômico-financeiros das concessionárias. Em terceiro lugar, após um início titubeante e um Plano de Eletrificação conservador, os estados e o Governo Federal ante a necessidade de combater a iminente escassez energética e prover energia à indústria, iniciaram a formação de empresas estaduais e federais para a exploração de potenciais hidráulicos e coordenação da transmissão de energia.” (GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. pp. 150 e 151.)

<sup>138</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. pp. 153 e 154.

<sup>139</sup> “Uma tentativa de superar os problemas energéticos e mais aqueles verificados em alguns setores básicos da sociedade brasileira foi feita com o Plano SALTE, levado ao Congresso Nacional em 1948 e aprovado dois anos depois, em maio de 1950. **Quanto ao setor elétrico, o Plano SALTE manteve a política de fixação de tarifas com base em taxas adicionais, a medida que os salários aumentavam.** Ainda, apenas menções esparsas são feitas à

O Governo Vargas criou, ainda, o Plano Nacional de Eletrificação e a Eletrobrás, para tentar atender as necessidades do setor, em razão da ausência de regulamentação, sendo que o “*O Plano Nacional de Eletrificação, em linhas gerais, destaca a necessidade de um suprimento abundante de energia elétrica [...]*”<sup>140</sup>, mas tanto o Projeto de Lei do Plano Nacional de Eletrificação quanto da Eletrobrás não foram aprovados, sendo a Eletrobrás criada apenas em 1961.<sup>141</sup>

---

eletrificação da malha ferroviária, objeto do Plano de Eletrificação anterior; pouco se fala da necessidade de acréscimo da capacidade instalada, com a escolha dos caminhos a serem trilhados. Pela sua natureza conservadora, desarticulada e pouco objetiva, o Plano SALTE aos poucos foi sendo abandonado. Dignas de nota são as Missões técnicas constituídas na década de 1940 para a proposição de soluções no campo energético. A primeira Missão Cooke, foi organizada em 1942 e era composta por membros brasileiros e norte-americanos. Visava a preparar a indústria e os setores de infraestrutura para o pós-guerra. **A Missão Cooke diagnosticou o óbvio: baixo desenvolvimento do setor elétrico, desordem na regulação de tarifas e dificuldade em obtenção de capitais estrangeiros para o financiamento do setor.** Sugeriu, dentre outras coisas, que fossem facilitadas as importações de material pesado necessário à instalação de usinas, de forma a superar a crise de escassez de energia. **Em 1948, é criada a Missão Abbink, de cunho marcadamente privatista e orientada à participação do capital estrangeiro como meio para resolver os gargalos industriais que travavam o desenvolvimento do país.** O grande problema presente nas recomendações das duas Missões residia na questão do financiamento do setor. Sugeriam como solução a contração de empréstimos internacionais via BIRD ou EXIMBANK;  **todavia, a economia de guerra fazia com que os países desenvolvidos se preocupassem com as suas próprias economias. Daí a razão pela qual as sugestões feitas pelas Missões ao Governo brasileiro não foram efetivadas.**” (*Ibidem*, pp. 154 e 155.)

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 156 e 157.

<sup>141</sup> “Entre o final do governo JK e o ano de 1967, amadureceu a nova estrutura organizacional que iria planejar, regular, fiscalizar e expandir os serviços de energia elétrica até o início dos anos 90. Na realidade, esse é um período de transição, em que se criam as principais condições institucionais e os instrumentos financeiros para a futura mudança de escala e de grau de complexidade no setor, aproveitando-se inclusive do fôlego proporcionado pela queda da taxa de crescimento do consumo, como resposta à crise econômica de 1962-67.

Os principais marcos das transformações no período são:

i) a criação, em 30 de maio de 1962, da Comissão de Nacionalização das Empresas Concessionárias de Serviços Públicos (Conesp), para, fundamentalmente, tratar da nacionalização das empresas do Grupo Amforp;

**ii) a constituição, em junho de 1962, da Eletrobrás, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com as atribuições de planejar e coordenar o setor; desempenhar as funções de holding de várias concessionárias; e administrar os recursos financeiros (inclusive o empréstimo compulsório vigente a partir de 1964) destinados às obras de expansão da base produtiva do setor, papel esse antes desempenhado pelo BNDES, desde a criação do Banco;**

iii) a transformação, em 1965, da Divisão de Águas e Energia do DNPM em Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), órgão vinculado ao MME. Com a extinção do CNAEE, em 1967, suas funções passam ao DNAE, que muda de denominação para Departamento de Águas e Energia Elétrica (DNAEE);

iv) a criação, em 1962, do Comitê Coordenador de Estudos Energéticos da Região Centro-Sul;

Apesar dos diversos planos criados pelo governo o setor elétrico ainda se encontrava em situação não favorável, nesse sentido relatam Ferreira e Malliagros<sup>142</sup> que:

[...] o déficit do setor público afetou a política creditícia contracionista do governo. Uma fonte de pressão sobre os gastos públicos eram as obras de ampliação da capacidade de produção de energia elétrica. As obras eram prioritárias, pois o déficit de oferta existente em 1953 era cerca de um milhão de Kw. Neste mesmo ano, uma prolongada estiagem no sudeste provocou um racionamento na oferta de eletricidade para o setor industrial. Parte dos gastos de investimento no setor no período foi financiado através de emissão de moeda.

Esse período de transição do setor elétrico perdurou por cerca de 30 anos se estendendo do Governo Vargas, Juscelino Kubitschek até o Governo militar.<sup>143</sup>

Explica Rosim<sup>144</sup> que:

Em 1979, com a aquisição das ações da Light pelo governo federal, todas as concessionárias do setor elétrico brasileiro eram constituídas por 100% de capital nacional e predominantemente estatal diferentemente do observado na década de 1940. O período de 1974 a 1979 foi extremamente danoso à estrutura financeira nacional, haja vista que nesse período a dívida externa bruta brasileira se elevou em aproximadamente US\$ 20 bilhões (FERREIRA; MILLIAGROS, 2003). O argumento apresentado pelo governo brasileiro era a necessidade de investimentos em infraestrutura [sic.] para viabilizar o desenvolvimento do país.

---

v) a contratação, em 1962, do Consórcio Canambra Consulting Engineers Ltd.,<sup>18</sup> a fim de apresentar soluções para os problemas de fornecimento de energia elétrica nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Os estudos do Canambra forneceram importantes contribuições para o planejamento energético brasileiro e subsidiaram os planos de desenvolvimento econômico do país, quais fossem: o Programa de Ação Econômica do Governo (Paeg, 1964-66) e o Plano Estratégico de Desenvolvimento (PED, 1968-70); e

vi) a regulamentação da reavaliação dos ativos e a autorização para a correção permanente do imobilizado operacional – base para o cálculo da remuneração dos investimentos. Esse era um ajuste reivindicado, pois o recrudescimento da inflação ao final dos anos 50 representava fator de descapitalização das concessionárias e a legislação então vigente (Código de Águas) fixava como princípio a tarifação da energia elétrica pelo “custo histórico do serviço.” (grifo nosso) (GOMES, Antônio Claret S. et al. Op. cit. p.9.)

<sup>142</sup> FERREIRA, Pedro Cavalcanti; MALLIAGROS, Thomas Georges. Investimentos, fontes de financiamento e evolução do setor de infra-estrutura no Brasil 1950-1996. FGV, 1999. p.3.

<sup>143</sup> Durante esse período, vale mencionar a criação do Ministério de Minas e Energia – MME durante o governo JK. Criado pela Lei nº 3.782/1960, tinha como objetivo a organização do setor elétrico e do setor produtivo estatal. (GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p. 161.)

<sup>144</sup> ROSIM, Sidney Olivieri. Op. cit. p. 8.

Com a saída das empresas estrangeiras do setor elétrico brasileiro, a estatização de grande parte das empresas do setor e, posteriormente a esse período, a crise financeira do Estado, fez com que o setor elétrico também passasse por uma crise, principalmente pela ausência de investimento em infraestrutura.

Sem planejamento, a década de 80 foi marcada por uma crise econômico-financeira do Estado, razão pela qual não restou alternativa se não possibilitar que o Estado delegasse às empresas de capital privado a gestão dos ativos relacionados ao setor elétrico brasileiro.<sup>145</sup>

No período entre a Constituição Federal de 1967 à promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma mudança em relação aos interesses da sociedade, o que acabou por demonstrar a necessidade de mudanças e, por conseguinte ocasionou na introdução de novos conceitos atendendo a essas mudanças.<sup>146</sup>

A Constituição Federal de 1988 trouxe exatamente essas mudanças conceituais voltadas à relação público–privado, tendo em vista as limitações financeiras as quais o Estado era submetido até aquele período e a real necessidade de recuperação do setor em infraestrutura.<sup>147</sup>

Rosim, em síntese, traz as principais alterações da Constituição Federal de 1988 que impactaram o setor elétrico, quais sejam:

O art. 20 da C.F. define que os potenciais de energia hidráulica são bens da União, estando em perfeita sintonia com o “Código de Águas”. O texto referente ao art. 21 deixa claro que é competência da União explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água de forma direta ou mediante autorização. No art. 22 está explicitada a competência para legislar sobre assuntos referentes à água e energia dentre outros.

---

<sup>145</sup> ROSIM, Sidney Olivieri. Op. Cit. p. 8.

<sup>146</sup> *Ibidem* p. 33.

<sup>147</sup> *Ibidem* p. 33.

O art. 175 da C.F. estabelece que a responsabilidade pela prestação de serviço público, podendo ser feita diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, observando os princípios da legalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os participantes. O dispositivo legal que estabeleceu as normas gerais para licitação e contratos administrativos, no sentido de regulamentar o art. 37, inciso XXI, da C.F./1988, foi a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Um dispositivo legislativo importante para o setor elétrico, decorrente do art. 175 da C.F., foi a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 que dispôs sobre o regime de concessão da prestação de serviços públicos. Um fato novo introduzido por este dispositivo foi a admissibilidade da subconcessão nos termos previstos no contrato de concessão, necessitando, porém a expressa autorização do poder concedente.<sup>148</sup>

A partir dos anos 90 e com as alterações realizadas pela Constituição Federal de 1988, dá-se início às privatizações do setor elétrico. O setor deixa de ser incumbência exclusiva do Estado e passa a ser prestado por empresas privadas, por meio de contratos de concessão, permissão ou autorização.

Afirma Guimarães que:

A partir da década de 90, dá-se início a uma mudança do modo de conceber a energia elétrica e sua relação com o homem. Antes tido como obrigação do Estado e instrumento indissociável para o desenvolvimento nacional, o fornecimento de energia elétrica passa a ser considerado uma atividade que deve ser deixada a cargo do setor privado, supostamente mais eficiente e capaz de oferecer serviços e tarifas mais baratas, ficando o Estado encarregado das atividades que não são de interesse da iniciativa privada – como se competisse à iniciativa privada, e não ao próprio Estado, dar a palavra final quanto aos serviços que devem ou não ser prestados por ele.<sup>149</sup>

A privatização não só do setor elétrico, como de outros setores, conforme visto anteriormente, resultou na necessidade de regulação do setor. O Estado não poderia regular e fiscalizar o setor sem um devido suporte, até porque as privatizações não se deram tão somente no setor elétrico, o que acabou em resultar em um novo modelo institucional do setor e a criação de um ente regulador, ou seja, a ANEEL, cuja criação e principais características serão estudadas a seguir.

---

<sup>148</sup> ROSIM, Sidney Olivieri. Op. Cit. p. 34.

<sup>149</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. p. 175.

## 4.1 ANEEL: CRIAÇÃO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A ANEEL foi uma das primeiras agências reguladoras a serem criadas no Brasil, com o objetivo de regular e fiscalizar o setor de energia elétrica, principalmente pelo fato da prestação de serviço público de energia ter deixado de ser incumbência do Estado.

Nunes, Ribeiro e Peixoto<sup>150</sup> informam ainda, que:

Antes das privatizações e liberalizações, os setores de energia e telecomunicações eram organizados através de empresas de economia mista, sendo o Estado detentor da maioria do capital votante. No setor de energia elétrica, estruturado através de sistemas interligados de geração, transmissão e distribuição de energia, a Eletrobrás era responsável por aproximadamente 25% da geração de energia e a maior parte da distribuição, cerca de 85%, era realizada por empresas estaduais.

Nesse sentido, verifica-se que o Estado deixou de ter participação nessas empresas e transferiu a prestação de serviços públicos por meio de concessões, autorizações e permissões a empresas interessadas na prestação dos referidos serviços.

Com a Constituição Federal de 1988, as concessões que tinham sido concedidas antes de sua promulgação, tiveram que assinar novos contratos em 1995, contratos esses que fixavam prazo de 20 anos, adaptando-se assim ao previsto na Constituição<sup>151</sup>, razão pela qual se justificou a criação da ANEEL em 1996.

Instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (“Lei nº 9.427/96”), a ANEEL, assim como as demais agências, é uma autarquia de regime especial, vinculada a um ministério, no caso o Ministério de Minas e

---

<sup>150</sup> NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. p. 12.

<sup>151</sup> BONINI, Mario Roque. Op. Cit. p.5.

Energia e nos termos do art. 2º da referida lei “*tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal*”.<sup>152</sup>

No que tange à estrutura do sistema elétrico brasileiro, esse, como mencionado acima, compreende os sistemas de geração, transmissão, distribuição e suas subestações de energia elétrica, por meio transformadores, disjuntores e seccionadores.<sup>153</sup>

O sistema elétrico brasileiro possui grandes usinas de geração hidrelétrica, termelétrica e eólica, que para geração da energia transmitem essa energia através de sistemas de transmissão de alta tensão, que, por sua vez, atingem os sistemas de distribuição de média e baixa tensão, onde estão localizados os consumidores.<sup>154</sup>

As geradoras de energia em sua maior parte são de usinas hidrelétricas<sup>155</sup>, que geram energia por meio de potenciais hídricos:

A energia hidrelétrica tem tecnologia amplamente dominada e acreditava-se que os potenciais aproveitáveis (grandes quedas) já estavam todos mapeados e os que ainda não estavam em uso já tinham projetos avaliados. Entretanto, grandes empreendimentos requerem grandes obras e investimentos, e o que se pensava ser de uso inviável passou a constar na cadeia de produção a partir da viabilidade das pequenas centrais hidrelétricas e da conexão ao SIN. As bacias dos rios Paraná e São Francisco têm índice de aproveitamento de 64,5% e 39,2%, respectivamente. Há baixo aproveitamento das bacias do Amazonas e do Norte/Nordeste (exceto São Francisco). No Brasil, “25,6% do potencial hidrelétrico estimado já foi aproveitado. Em relação ao potencial inventariado,

<sup>152</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

<sup>153</sup> O SETOR ELÉTRICO – Disponível em: [http://www.osetoreletrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73\\_fasc\\_distribuicao\\_cap1.pdf](http://www.osetoreletrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73_fasc_distribuicao_cap1.pdf)> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> “O sistema de geração de energia elétrica do Brasil é um sistema fortemente baseado em usinas hidrelétricas e com múltiplos agentes estatais privados, grandes e médias usinas hidrelétricas (65,7% de geração elétrica no Brasil é de origem hídrica). O SIN é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Apenas 3,4% da capacidade de produção de eletricidade do país encontram-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica. [Fonte ONS].” *Ibidem*.



essa proporção aumenta para 37,3%”. [Fonte: Aneel, Atlas de Energia]<sup>156</sup>

Mesmo sendo um dos principais meios de geração de energia elétrica, nota-se que boa parte dos potenciais hidrelétricos podem ser melhor aproveitados, porém exigem uma série de investimentos e outras questões relacionadas às áreas geográficas envolvidas, seja no que diz respeito às questões ambientais, seja em relação às questões sociais, como é o caso de áreas indígenas.

Muito embora o Brasil seja um país rico no que tange à sua geografia hidrográfica, a implantação de uma usina hidrelétrica requer uma série de investimentos de infraestrutura.

A geração de energia pelas usinas termelétricas utiliza-se da queima de combustíveis fósseis como o carvão, a gasolina, o petróleo, sendo a termelétrica um dos sistemas mais utilizados do mundo, tendo em vista os aspectos econômicos relacionados ao processo e a disponibilidade de petróleo e carvão no mundo, o que acaba por reduzir o preço destes combustíveis tornando-os atraentes do ponto de vista financeiro.<sup>157</sup>

Além das termelétricas que se utilizam dos combustíveis fósseis, existem também as denominadas biomassas, que utilizam como recurso o

---

<sup>156</sup> O SETOR ELÉTRICO – Disponível em: [http://www.osetoelettrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73\\_fasc\\_distribuicao\\_cap1.pdf](http://www.osetoelettrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73_fasc_distribuicao_cap1.pdf)> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>157</sup> “Além disso, alguns países possuem enormes jazidas de combustíveis fósseis, característica que reduz muito o custo da energia produzida. Na China e na Índia, por exemplo, existem imensas jazidas de carvão mineral que são aproveitadas mediante a construção de usinas termelétricas próximas a estas fontes de combustível.” (SILVA, Luciano Fernandes; CARVALHO, Luiz Marcelo de. A temática ambiental eo ensino de física na escola média: algumas possibilidades de desenvolver o tema produção de energia elétrica em larga escala em uma situação de ensino. Revista Brasileira de Ensino de Física, v. 24, n. 3, p. 342-352, 2002.)

bagaço de cana de açúcar, madeira de florestas energéticas, etanol, carvão vegetal e outros, ou seja, uma energia renovável.<sup>158</sup>

No caso das termelétricas que produzem energia elétrica pelo uso da biomassa, nota-se no país o seu crescimento, por meio das indústrias sucroalcooleiras. Neste caso, se tratam dos Autoprodutores de energia e dos Produtores Independentes, que em grande parte são indústrias privadas, que geram energia para a sua manutenção e vendem seu excedente nos mercados livres e regulados.

Contudo, apesar de um custo menor quanto à instalação de uma usina termelétrica, existem também, os riscos ambientais envolvidos na prática dessa atividade, o que acaba condicionando a atividade em planejamentos e estudos ambientais, bem como a necessidade de uma atuação junto aos órgãos ambientais.

Relatam Silva e Carvalho que *“A biomassa como combustível em termelétricas é hoje considerada uma das principais alternativas de fonte renovável para produção de eletricidade em larga escala no futuro.”*

Ainda nesse sentido explicam que:

Um ponto extremamente favorável à utilização da biomassa está ligado aos pequenos índices de emissões de CO<sub>2</sub>, em certos casos bem próximos de zero. Segundo Reis e Silveira (2000), se a biomassa for produzida de forma sustentável, praticamente todo o CO<sub>2</sub> liberado na queima do material será extraído da atmosfera durante a fotossíntese realizada pelo cultivo de material de reposição.

Porém, uma grande preocupação quanto à difusão do uso da biomassa está na perda da biodiversidade e de solos para a agricultura de alimentos. Além disso, a sustentação de uma monocultura exige a utilização intensiva de defensivos agrícolas que poluem o solo e a água.

No Brasil, o uso mais promissor da biomassa para gerar eletricidade está na utilização do resíduo de cana-de-açúcar [sic.] e da biomassa florestal. As indústrias do setor sucroalcooleiro têm produção sazonal, utilizam vapor na produção e, ao mesmo tempo, na geração de eletricidade, cujo excedente pode ser vendido ao setor elétrico.

---

<sup>158</sup> SILVA, Luciano Fernandes; CARVALHO, Luiz Marcelo de. Op. Cit.

Dessa forma, verifica-se que a fonte de energia termelétrica através das usinas de biomassa envolve além da questão financeira que é mais viável, em razão de sua infraestrutura, existe também a questão de emissão de CO<sub>2</sub>. No entanto, existem questões ambientais que podem ser desfavoráveis que não serão objeto de estudo pela presente pesquisa.

As usinas nucleares também são outra forma de geração de energia e que seguem o mesmo perfil de funcionamento das termelétricas.<sup>159</sup> Entretanto, em razão do risco de contaminação e impactos negativos, a energia nuclear

---

<sup>159</sup> “De modo geral, nenhuma outra forma de produção de energia elétrica enfrenta tantas pressões mundiais contrárias à sua utilização quanto as usinas nucleares. Segundo Rosa e Shaeffer (in Rosa e outros, 1988), isto se deve, principalmente, ao forte impacto na percepção mundial causada pelos acidentes de Three Mile Island (EUA - 1979) e Chernobyl (Ucrânia - 1986). Países que possuem um grande número de reatores, como a Alemanha, já anunciaram que pretendem fechar a maioria de suas usinas nucleares. Esta percepção negativa da população, quanto ao uso desta tecnologia, levou o governo brasileiro a realizar acordos absolutamente sigilosos na área nuclear (Brasil-EUA e Brasil-Alemanha).

No Brasil, segundo Rosa et al (1988), o Programa Nuclear foi alvo de críticas de diferentes setores da sociedade e, neste caso, a Sociedade Brasileira de Física e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência desenvolveram importantes trabalhos críticos sobre os diferentes riscos trazidos por reatores nucleares. Segundo o autor, também encontram-se entre seus opositores:

"... intelectuais, cientistas, empresários, representantes de classe e políticos das mais diversas conotações ideológicas, cobrindo uma ampla faixa de posições" (ROSA E OUTROS - 1988 - p. 43)

Goldemberg (1998) situa a crítica, sobretudo, no montante dos investimentos requeridos para a implementação dessas usinas, na segurança do reator, no problema da deposição dos resíduos radioativos, que devem ser armazenados por milhares de anos em reservatórios subterrâneos profundos, contidos em cimento, betume ou resinas, ou vetrificação[sic.] e armazenagem em formações geológicas estáveis na terra ou no leito do mar, e no montante de recursos financeiros necessários para a desativação das instalações nucleares.

Com relação à questão específica da segurança, ocorrências de acidentes em usinas nucleares são extremamente pequenas, cerca de 10 – 4 por reator/ano. Porém, as conseqüências [sic.] de um acidente desta natureza são extremamente graves, pois envolve a emissão de radiação. Pessoas que estiveram em contato direto com altos níveis de radiação estão sujeitas a inúmeros problemas de saúde devido a modificações genéticas, que podem ser transferidos aos seus descendentes por inúmeras gerações.

A questão dos resíduos radioativos, talvez hoje seja o maior desafio desse tipo de tecnologia. Anualmente, milhares de toneladas de resíduos são dispostas em grandes depósitos, devido ao alto índice de radiação residual. Atualmente, estão sendo pesquisadas várias maneiras de estocar esses materiais com segurança e de minimizar a radiação residual nos dejetos das usinas.

No que se refere ao aspecto econômico, podemos destacar também que este tipo de tecnologia é dominado por poucos países. Neste caso, apenas alguns países, como o Japão, os EUA e a Rússia possuem a tecnologia necessária para processar o enriquecimento do material radioativo de tal forma que possa ser utilizado em reatores nucleares. Neste sentido, muitos países que adotam este tipo de tecnologia acabam dependentes dos países mais industrializados. (SILVA, Luciano Fernandes; CARVALHO, Luiz Marcelo de. Op. Cit.)

acabou se tornando uma fonte de energia em extinção, visto os diversos prejuízos que essa fonte energética já causou como no caso dos Estados Unidos (Three Mile Island – Pensilvânia, em 1979); Japão (Tsuruga, em 1981); União Soviética (Tchernobil – Ucrânia, em 1986); Rússia (Tomsk, em 1993); e novamente no Japão (Tokaimura, em 1997).<sup>160</sup>

O sistema de geração ainda permite utilizar fontes como a geração de energia eólica e solar, sendo essas consideradas as formas mais sustentáveis de geração de energia sustentável, já que as taxas de emissão de gases inexistem e a energia renovável utilizada é abundante.<sup>161</sup>

Por se tratar de uma fonte de energia com um custo ainda mais reduzido que as biomassas, a fonte de energia eólica vem se propagando no Brasil, participando do ambiente regulado de energia, ou seja, dos leilões e vencendo grande parte deles, em razão do baixo preço fixado. No entanto, grande parte dessas indústrias ainda se encontra em fase de implantação, ocasião em que cumpre saber se de fato conseguirão cumprir os contratos de venda de energia que estão se comprometendo, o que não será objeto de estudo da presente pesquisa.

Em relação ao sistema de transmissão, os agentes de transmissão são responsáveis pelo escoamento da energia do gerador até o centro de carga regional, enquanto os distribuidores são responsáveis pela entrega da energia do centro de carga até o consumidor final.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> GREENPEACE – Disponível em < <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Blog/os-piores-acidentes-com-usinas-nucleares-e-su/blog/33736/>> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>161</sup> SILVA, Luciano Fernandes; CARVALHO, Luiz Marcelo de. Op. Cit.

<sup>162</sup> ROSIM, Sidney Olivieri. Op. Cit. p. 9.

Após a breve análise da estrutura do setor de energia, essencial para entender a função realizada pela ANEEL como ente regulador, é necessário entender sua missão e a razão pela qual esse ente foi criado.

A missão da ANEEL é “*proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade*”<sup>163</sup>, ocasião em que a ANEEL deve agir de forma transparente, neutra e imparcial, visando a prestação do serviço com qualidade pelo ente regulado em favor do usuário, zelar pelo equilíbrio entre os entes regulados e atuar pelo interesse do Poder Público.

Diante disso, a ideia da existência da ANEEL é de regular o setor de energia e proporcionar a esse setor as condições necessárias para o seu desenvolvimento, razão pela qual, a Lei nº 9.427/96 estabelece as atribuições da ANEEL no exercício de sua função como ente regulador.

A criação da ANEEL foi um verdadeiro marco para o setor elétrico, tendo em vista as diversas transformações que o setor estava vivenciando até aquele período.<sup>164</sup>

O setor elétrico passou por diversas transformações e a situação financeiro-econômica do Brasil não estava em situação favorável, conforme verificado anteriormente quando da reforma econômico-financeira que ocorreu

---

<sup>163</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=635&idPerfil=2>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>164</sup> Nesse sentido relata Pires que: “A trajetória de reformas do setor, cujo início data de meados dos anos 90, consiste em um processo ad hoc e gradual que só adquiriu um caráter mais abrangente, consistente e coordenado a partir de 1997, quando foi implementada uma série de políticas regulatórias, muitas das quais propostas pela consultoria Coopers & Lybrand, por meio de diversas medidas provisórias que iriam dar origem à Lei 9.648/98. Anteriormente, um conjunto de medidas legislativas ou executivas já havia sido implementado – alteração de política tarifária, privatização de distribuidoras federais etc. – sem que, com isso, o modelo tradicional de organização do setor elétrico brasileiro fosse alterado. [...]” (PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro. BNDES, Área de Planejamento, Departamento Econômico-DEPEC, 2000. p.11)

nos anos 90 e que impulsionou as desestatizações, as privatizações e, assim, a criação das entidades reguladoras.

As reformas do setor elétrico ocorreram em paralelo às privatizações dos ativos federais e estaduais, com a conseqüente criação da agência independente e baseada em 3 pilares, quais sejam: (i) competição nos segmentos de geração e comercialização de energia elétrica; (ii) instrumento regulatório para a defesa da concorrência; e (iii) mecanismos de regulação incentivada.<sup>165</sup>

No que diz respeito à competição dos segmentos de geração e comercialização de energia elétrica, como visto anteriormente o Estado chegou a prestar esse tipo de serviço por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista.<sup>166</sup>

Em relação às empresas públicas, explica Motta que essas se proliferaram nos últimos 30 anos, em razão de uma série de fatores isolados a cada caso, que naquele momento exigiam a intervenção estatal.<sup>167</sup>

No caso das empresas produtoras de energia elétrica, as empresas públicas surgiram para preencher espaços vazios que não eram de interesse

---

<sup>165</sup> PIRES, José Claudio Linhares. Op. cit.p.12.

<sup>166</sup> “No início da década de 90, o setor era coordenado pela ELETROBRÁS. O sistema tinha quatro operadoras regionais e cerca de sessenta empresas estatais e locais. A ELETROBRÁS era a empresa holding de quatro empresas regionais que operavam na geração e na transmissão, as quais representavam perto de 57% da capacidade de geração total. A ELETROBRÁS também controlava algumas empresas estaduais que operavam, principalmente, na área de distribuição: a Light do Rio de Janeiro e a ESCELSA, no Espírito Santo. A capacidade de geração restante estava nas mãos de empresas de propriedade dos governos estaduais, nas quais a ELETROBRÁS tinha participação minoritária, bem como nas de umas poucas empresas de propriedade de municípios e de investidores privados, as quais operavam principalmente na área de distribuição.” (BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o caso do setor de energia elétrica. Planejamento e Políticas Públicas, n. 16, 2009.)

<sup>167</sup> MOTTA, P.. O controle de empresas estatais no Brasil. Revista de Administração Pública, Brasil, 14, mar. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7574/6089>>. Acesso em: 15 mai. 2014. pp. 70 e 71.

das empresas privadas, tendo em vista o baixo retorno dos altos investimentos que seriam aplicados no desenvolvimento do setor.<sup>168</sup>

Ressalta Vieira que:

Após a aprovação do Código de Águas de 1934, o País viveu um período marcado pela luta por sua consolidação, que se estende até o final da década de 1950, fase caracterizada por um processo de “intervenção” direta do Estado (com as condicionantes já apresentadas) no setor através das empresas públicas.<sup>169</sup>

Além disso, existem os fatores políticos, ou seja, uma forma do Estado manter indiretamente o controle e o monopólio de determinados setores; os fatores administrativos, ou seja, uma forma de tais empresas não terem o mesmo controle administrativo e rigidez da Administração Pública direta, mantendo de certa forma uma autonomia em sua atuação<sup>170</sup>; os fatores sociais, que englobam a produção de bens e serviços para as sociedades de baixa renda.<sup>171</sup>

Baer e McDonald relatam, ainda, que:

A privatização de empresas brasileiras de serviços públicos, na segunda metade dos anos 90, ocorreu no contexto de uma economia que havia passado por um processo de liberalização desde o início da década. Dada a constante pressão por um ajuste fiscal e o movimento mundial em favor de uma orientação para o mercado e a retirada do Estado dos negócios econômicos, além da necessidade brasileira de capital estrangeiro para alavancar o coeficiente de investimento do país, as privatizações de empresas de serviços públicos tiveram lugar em um clima amigável ao investidor

<sup>168</sup> MOTTA, P.. Op. cit. p. 71.

<sup>169</sup> VIEIRA, José Paulo. Energia elétrica como antimercadoria e sua metamorfose no Brasil: a reestruturação do setor e as revisões tarifárias. São Paulo, 2005. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo. p.48.

<sup>170</sup> Aqui o autor mais uma vez ressalta as empresas do setor elétrico: “Escapar às normas administrativas e financeiras existentes na administração direta, criando empresas dotadas de autonomia, flexibilidade e maior eficiência nas decisões. Os escapismos significam fugir às normas administrativas impostas pelos órgãos centrais da administração pessoal (Dasp e Secretaria de Administração) e os órgãos de controle financeiro (os Tribunais de Conta da União e do Estado). Esse fator foi extremamente ressaltado na criação da maior parte de empresas de serviços, principalmente as existentes nos estados federados. **São empresas de saneamento, telefone, distribuição de energia elétrica, limpeza urbana e outros serviços urbanos, grande parte proveniente de antigos departamentos de administração direta. Os escapismos significam também à busca de maior eficácia.**” (grifo nosso) (MOTTA, P..

Op. cit. p. 72)

<sup>171</sup> VIEIRA, loc.cit.

estrangeiro. Isso ficou particularmente patente à medida que o movimento de privatização do setor de energia elétrica ganhava força. A ELETROBRÁS, por exemplo, relatou, em novembro de 1996, que seus lucros, nos primeiros nove meses de 1996, registraram um aumento de 201% em relação ao mesmo período em 1995.

[...]

O problema básico para as empresas brasileiras de serviços públicos em geral, e para o setor elétrico em particular, foi que a privatização estava acontecendo na ausência de um arcabouço regulatório claramente definido. Foi alegado que a razão pela qual os investidores estrangeiros não apresentaram seus lances na privatização da ESCELSA foi a falta de clareza, de transparência e de previsibilidade do mecanismo de definição de tarifas. Para a privatização da Light, o Conselho Nacional de Privatização tentou modificar e esclarecer o processo regulatório, a fim de atrair capital estrangeiro. Foram elaboradas novas regras de modo a dar maior controle ao comprador principal, mediante a eliminação das responsabilidades administrativas do dia-a-dia por parte do órgão regulador. Com o objetivo de reduzir o risco de regulação e melhorar a previsibilidade dos ganhos, o período pelo qual a política tarifária atual da Light permaneceria inalterada foi dilatado de cinco para oito anos.<sup>172</sup>

Com as privatizações, surge a competição entre as empresas privadas prestadoras de serviço de energia elétrica, a entrada de novos agentes no setor de geração e o incentivo do próprio governo para estimular essa entrada.

Com isso, surge a necessidade de regular a defesa da concorrência, de forma a coibir condutas anticompetitivas, com a garantia do livre acesso às redes de transporte de energia elétrica e vedação dos atos de concentração de mercado<sup>173</sup>, sendo essa forma de regulação, também, uma das atribuições da ANEEL, como será visto a seguir.

Em relação aos mecanismos de regulação incentivada, tratam-se dos mecanismos utilizados pela ANEEL para regular o setor, bem como estimular, no que diz respeito à regulação tarifária, técnica e de mercado, que não serão objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, afirma Pires<sup>174</sup> que:

<sup>172</sup> BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Op. cit. pp. 30 e 32.

<sup>173</sup> PIRES, José Claudio Linhares. Op. cit. p. 22.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p.14.



A criação da ANEEL objetivou preencher a carência de um órgão setorial com autonomia para a execução do processo regulatório e para a arbitragem dos conflitos dele decorrentes, frutos dos distintos interesses entre Poder Concedente (governo), empresas (prestadores dos serviços) e consumidores.

O Estado já não se encontrava em condições financeiras favoráveis para gerir, controlar e fiscalizar o setor, razão pela qual referida carência ensejou na criação de entes reguladores independentes do Estado.

Vale mencionar que juntamente com a ANEEL foram criadas novas entidades que pudessem atuar em conjunto, colocando em prática essa regulação, quais sejam, Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, o Mercado Atacadista de Energia MAE, que posteriormente foi substituído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e a Empresa de Pesquisa Energética (EPE).

Em relação ao ONS, trata-se do responsável pela coordenação e controle da operação das unidades de geração e transmissão do Sistema Interligado Nacional (SIN).<sup>175</sup>

A CCEE tem por finalidade viabilizar a comercialização de energia elétrica em todo sistema SIN nos Ambientes de Contratação Regulada e Contratação Livre, atuando desde a medição da energia gerada e efetivamente

---

<sup>175</sup> “Para o exercício de suas atribuições legais e o cumprimento de sua missão institucional, o ONS desenvolve uma série de estudos e ações a serem exercidas sobre o sistema e seus agentes para manejar o estoque de energia de forma a garantir a segurança do suprimento contínuo em todo o País. O Operador Nacional é constituído por membros associados e membros participantes, constituídos por empresas de geração, transmissão, distribuição e consumidores livres de grande porte. Também participam importadores e exportadores de energia, além do Ministério de Minas e Energia (MME). O ONS é uma pessoa jurídica de direito privado, sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos, criado em 26 de agosto de 1998, pela Lei nº 9.648/98, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.848/04 e regulamentado pelo Decreto nº 5.081/04.” Operador Nacional do Sistema Elétrico – Institucional. Disponível em: <[http://www.ons.org.br/institucional/o\\_que\\_e\\_o\\_ons.aspx](http://www.ons.org.br/institucional/o_que_e_o_ons.aspx)>. Acesso em: 23 out. 2014.

consumida até a liquidação financeira dos contratos de compra e de venda no mercado de curto prazo.<sup>176</sup>

A EPE tem como objetivo principal desenvolver os estudos necessários ao planejamento da expansão do sistema elétrico, bem como subsidiar o planejamento do setor energético.<sup>177</sup>

Outros entes que atuam sob a égide da ANEEL são: o Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão do Sistema Elétrico – CCPE e o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE:

Em 1999, foi criado o Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão do Sistema Elétrico (CCPE) com o objetivo de regular e estruturar a atividade de planejamento da expansão elétrica. Em meados do ano 2000, foi regulamentado o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), criado em 1997, como órgão de assessoramento do presidente da República para a formulação de políticas e diretrizes ligadas à energia.<sup>178</sup>

Como ente regulador a ANEEL possui um contrato de gestão celebrado com o Poder Público, nos termos do art.7º da Lei nº 9.427/1996, que estabelece que a administração da ANEEL seja objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, por meio do Ministério de Minas e Energia - MME.<sup>179</sup>

Referido contrato tem o objetivo de controlar a atuação administrativa da autarquia, bem como servirá como parâmetro para avaliação do desempenho

<sup>176</sup> “A CCEE é responsável pela contabilização e pela liquidação financeira no mercado de curto prazo de energia. A instituição é incumbida do cálculo e da divulgação do Preço de Liquidação das Diferenças - PLD, utilizado para valorar as operações de compra e venda de energia.” Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – Razão de Ser. Disponível em: <[http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/quem-somos/razao-de-ser?\\_afLoop=1797991869565000#%40%3F\\_afLoop%3D1797991869565000%26\\_adf.ctrl-state%3Dgdhgzivp1\\_107](http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/quem-somos/razao-de-ser?_afLoop=1797991869565000#%40%3F_afLoop%3D1797991869565000%26_adf.ctrl-state%3Dgdhgzivp1_107)>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>177</sup> Empresa de Pesquisa Energética – Institucional. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/acessoainformacao/Paginas/institucional.aspx>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>178</sup> GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. Tempo social, v. 15, n. 2, 2003. p.224.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

institucional da agência e elemento integrante da prestação de contas anual da ANEEL.<sup>180</sup>

No contrato de gestão contém as metas anuais negociadas, que estão relacionadas aos desafios e objetivos a serem alcançados pela ANEEL para aquele período, sendo que tais metas serão definidas a cada ano para o exercício seguinte, passíveis de ajuste mediante revisão das partes.<sup>181</sup>

Vale ressaltar que por mais que a ANEEL trate-se de uma autarquia sob regime especial com prazo de duração indeterminado, o contrato de gestão possui um prazo de vigência até 31 de dezembro de 2016.<sup>182</sup>

No contrato de gestão celebrado entre a ANEEL e o MME estão previstas além das metas anuais estabelecidas à agência, as diretrizes que a ANEEL deve observar no exercício de suas funções como ente regulador, juntamente com o previsto na Lei nº 9.427/1996, quais sejam:

- I – Promover em ambiente competitivo, para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio, propiciando o necessário aumento da oferta;
- II – Assegurar a qualidade dos serviços de energia elétrica para que seja compatível com as exigências e requisitos de mercado, com foco na modicidade tarifária;
- III – Contribuir para o aprimoramento da competência tecnológica nacional no setor elétrico, promovendo o uso eficiente e racional de energia;
- IV – Contribuir para a implementação do Plano de Metas de Universalização do atendimento dos serviços de energia elétrica;
- V – Promover ampla interação e diálogo sistemático com o governo, instituições, agentes e consumidores;
- VI – Aprimorar a capacidade de atuação, por meio do processo de descentralização de atividades, mediante delegação de competências às Agências Estaduais;
- VII – Promover a fiscalização dos empreendimentos em implantação ou ampliação, atuando para o cumprimento, dos prazos, no âmbito do marco regulatório;
- VIII – Efetuar a fiscalização da atuação dos agentes, de acordo com as regras institucionais.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=5>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>181</sup> *Ibidem.*

<sup>182</sup> *Ibidem.*

<sup>183</sup> *Ibidem.*

Assim, a ANEEL deve observar não tão somente o que está previsto na legislação que lhe é aplicável, mas também o que restou estabelecido no contrato de gestão.

No que tange às principais características da ANEEL, em se tratando de uma autarquia de regime especial, assim como as demais agências reguladoras, a ANEEL é um ente autônomo administrativamente e financeiramente, com competência para normatizar questões técnicas, e tomar decisões de forma autônoma, cuja diretoria está garantida pelos mandatos fixos e estruturalmente formada para garantir qualidade técnica e neutralidade em suas decisões.<sup>184</sup>

Em relação à autonomia financeira, assim como os demais agentes reguladores, a ANEEL possui receitas baseadas nas taxas de fiscalização por ela estabelecidas e outros recursos provenientes do exercício de suas atividades, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 9.427/1996:

Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei;

II - recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

III - produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público;

IV - rendimentos de operações financeiras que realizar;

V - recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;

VI - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VII - valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

Parágrafo único. O orçamento anual da ANEEL, que integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do § 5º do art. 165 da Constituição Federal, deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> PRADO, Otávio. Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. Revista de Administração Pública, v. 40, n. 4, p. 631-646, 2006.

<sup>185</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

Em relação à autonomia normativa da ANEEL, o art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.427/1996 dispõe sobre a possibilidade de expedição de atos regulamentares necessários para o cumprimento da referida lei.

Ainda, nesse sentido, a Resolução nº 273, de 10 de julho de 2007, estabelece normas de procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da ANEEL, assim como disciplina as audiências, consultas públicas, a produção de atos normativos, o rito processual, os recursos administrativos e outras atividades de incumbência da ANEEL.<sup>186</sup>

No exercício de suas funções, a ANEEL também possui autonomia sancionatória e fiscalizatória, com a finalidade de zelar pela qualidade dos serviços prestados pelos entes regulados, razão pela qual a Resolução ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004, disciplina os procedimentos de ação e regulação da fiscalização.<sup>187</sup>

Dessa forma, verifica-se que a ANEEL, além de cuidar do interesse público, vez que regula, fiscaliza e controla a prestação de serviço de energia elétrica de incumbência do Estado, mas transmitido a terceiros, a agência do

---

<sup>186</sup> ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de; OLIVEIRA, Edson Luciani de. Leituras sobre o Atual Quadro das Agências Reguladoras no Brasil. Algumas Experiências Internacionais Comparativas para o Exame da Sustentabilidade Brasileira Indicada pela Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo, v. 263, p. 113, 2013.

<sup>187</sup> “A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) intensificou a fiscalização econômico-financeira, de geração e dos serviços de eletricidade, para atingir todas as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas em operação no País. Os fiscais procuram instruir os agentes do mercado quanto ao cumprimento de suas obrigações contratuais e regulamentares. Ao final do trabalho, os técnicos resumem o que constataram em um relatório onde algumas situações aparecem como recomendações (sugestões) ou determinações, de caráter mais grave. A fiscalização da ANEEL tem como finalidade garantir a prestação de serviços de qualidade. As empresas que descumprem as normas e leis do setor elétrico podem sofrer punições que vão desde advertência e multas até a cassação da concessão. O procedimento da ação de fiscalização da ANEEL é regido pela Resolução nº 63, de 12 de maio de 2004.” (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35>>. Acesso em: 23 out. 2014.)

setor elétrico também tem que zelar pela qualidade dos serviços prestados em benefício de seus usuários, bem como por um ambiente competitivamente equilibrado.

Da mesma forma entendem Araújo e Oliveira<sup>188</sup> que afirmam:

Pode-se entender, então, que a agência reguladora do setor elétrico brasileiro cuida tanto do interesse público, quanto das correções de mercado, merecendo a atenção de ambas as escolas que estudam a regulação (escola do interesse público e escola neoclássica da regulação), conforme mencionado anteriormente.

Logo, a agência reguladora visa proteger a questão da sustentabilidade, seja econômica, com a regulação do mercado, seja social, pois com uma maior proteção tarifária os usuários de serviços públicos se encontram com uma proteção maior, bem como com um maior acesso à energia elétrica, que é essencial para uma vida digna.

Por fim, vale mencionar a respeito das agências estaduais, que dão o suporte à ANEEL no exercício de suas funções. A ANEEL é uma autarquia federal que atua em todo o território brasileiro, no entanto, para a efetividade do exercício de suas atividades a ANEEL necessita de outras entidades que lhe prestem o devido apoio, inclusive, no que diz respeito à fiscalização dos prestadores de serviço de energia elétrica.

A criação das agências estaduais é uma forma de descentralização das atividades da ANEEL, sendo uma das diretrizes previstas no contrato de gestão celebrado entre ANEEL e MME.

Dessa forma, a Lei nº 9.427/1996 facultou à ANEEL a descentralização de suas atividades, por meio do estabelecimento de convênios com agências estaduais, de forma que a ANEEL delegue às referidas agências estaduais suas atividades complementares, buscando aproximar os serviços dos consumidores nos vários Estados da Federação.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de; OLIVEIRA, Edson Luciani de. Op. cit. p.114.

<sup>189</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=215>>. Acesso em: 23 out.2014.

Atualmente a ANEEL possui convênio com 12 agências estaduais: Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos no Estado do Pará - ARCON; Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE; Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte - ARSEP; Agência de Regulação do Estado da Paraíba - ARPB; Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE; Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Mato Grosso - AGER; Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos do Mato Grosso do Sul - AGEPAN; Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP; Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS; Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços - AGR; Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas - ARSAL; e Agência Reguladora de Serviços de Santa Catarina - AGESC.

Dessa forma, verifica-se que a ANEEL, além de possuir características gerais aplicáveis às demais agências reguladoras, possui algumas características particulares que a diferenciam em certos aspectos, como é o caso da possibilidade de fixar as tarifas aos entes regulados; atuar de forma a manter o equilíbrio no que diz respeito à competitividade entre os entes regulados; zelar pela qualidade dos serviços prestados; e descentralizar suas atividades com o suporte das agências estaduais.

## **4.2 ATRIBUIÇÕES E ESTRUTURA DA ANEEL**

A ANEEL possui diversas atribuições que para o seu real cumprimento e aplicação, devem ser observadas as suas características como ente regulador.

Isso porque, não poderia a ANEEL, por exemplo, ao fixar uma tarifa, agir em favor do Estado ou dos agentes regulados, prejudicando, assim, os usuários do serviço prestado. A finalidade das agências envolve um todo, seja no que diz respeito à regulação do setor, seja em relação a manter o equilíbrio dos interesses envolvidos.

Considerando a sua autonomia e independência, por mais que a ANEEL esteja vinculada ao Ministério de Minas e Energia, não pode desconsiderar a finalidade pela qual foi criada.

Como explica Neto<sup>190</sup>:

Tal regulação, portanto, não se limita apenas a regulamentar as condições de funcionamento do setor; presta-se a coordenar todas as formas de intervenção estatal neste segmento, procurando a um só tempo imprimir pautas de políticas públicas e equilibrar os interesses internos ao sistema regulado, respeitando os direitos dos particulares envolvidos sem descuidar da defesa dos segmentos incapazes de impor seus interesses sobre o setor.

O art. 3º da Lei nº 9.427/96 estabeleceu uma série de atribuições à ANEEL para que a agência pudesse agir de forma autônoma e independente, bem como com à finalidade de legitimar os atos por ela praticados.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> “Em grande medida esta peculiaridade decorre da função que lhes cabe exercer (a função regulatória), que obriga que as agências sejam marcadas pelos traços da transparência, permeabilidade e neutralidade. Estas três características são, de certa forma, decorrência do fato de que a moderna regulação não se exerce contra ou ao arrepio dos interesses dos agentes atuantes no setor regulado e sim em sintonia, em permanente interlocução e na busca do equilíbrio interno ao setor. Para tanto se faz necessária a permanente intercomunicação entre regulador e regulado (permeabilidade), a absoluta explicitação dos objetivos, métodos, interesses e espaços de interlocução (transparência) e a perene equidistância (neutralidade) entre os diversos interesses enredados na regulação (interesses dos agentes econômicos, dos consumidores, do Estado).” (NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência*. LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 58 e 61.)

<sup>191</sup> “I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;



---

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2o e 3o do art. 5o da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; (Revogado pela Lei nº 10.848, de 2004)

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6o do art. 15 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 300 GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos; (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

XI - estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, inclusive às Cooperativas de Eletrificação Rural enquadradas como permissionárias, cujos mercados próprios sejam inferiores a 500 (quinhentos) GWh/ano, e tarifas de fornecimento às Cooperativas autorizadas, considerando parâmetros técnicos, econômicos, operacionais e a estrutura dos mercados atendidos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

XII - estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente

Dessa forma, verifica-se que a ANEEL possui uma série de atribuições definidas em lei e que devem ser observadas tanto pelos agentes regulados, quanto pelos usuários, visto que as decisões das agências acabam por afetar a sociedade como um todo.

A ANEEL, como ente regulador do setor de energia elétrica, além das atribuições vistas anteriormente e da função regulatória de forma autônoma e independente, a fim de evitar a chamada captura, deve agir de forma a atender

---

comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato. (Incluído pela Lei nº 10.438, de 2002)

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para cobertura dos custos dos sistemas de transmissão; e (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XX - definir adicional de tarifas de uso específico das instalações de interligações internacionais para exportação e importação de energia elétrica, visando à modicidade tarifária dos usuários do sistema de transmissão ou distribuição. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

XXI - definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica que comercializarem energia no regime de cotas de que trata a Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012. (Incluído pela Medida Provisória nº 579, de 2012)

XXI - definir as tarifas das concessionárias de geração hidrelétrica que comercializarem energia no regime de cotas de que trata a Medida Provisória no 579, de 11 de setembro de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.783, de 2013)

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).” (BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.)

as demandas dos regulados dos consumidores e do próprio poder político de maneira eficiente.<sup>192</sup>

Nesse sentido explica Neto<sup>193</sup> que:

Dos regulados porquanto os órgãos de regulação têm por função preservar as relações de competição, corrigindo falhas de mercado e impedindo a inviabilidade econômica do sistema. Dos consumidores, pois estes não de ser os principais beneficiários da regulação e, portanto, os maiores interessados na eficiência regulatória. Por fim, do poder político: por ter, muitas vezes, interesse específico no setor (v.g., sendo controlador de uma empresa que opere no setor ou sendo detentor de bens ou recursos essenciais à atividade regulada), tem-se que o interesse estatal não pode ser visto como neutro na conjugação de interesses existentes dentro do setor regulado.

Assim, a ANEEL não deve agir em favor do interesse de um e deixar descoberto o interesse de outro, no exercício de sua função de agente regulador, a ANEEL deve manter um equilíbrio desses interesses no exercício de suas funções.

Em relação à estrutura da ANEEL, estabelece o art. 4º da Lei nº 9.427/1996 que “A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.”<sup>194</sup>

Além disso, estará previsto no referido ato qual desses diretores terá a incumbência de zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários, como ouvidor das referidas reclamações.

Nesse sentido menciona Santana Junior<sup>195</sup> que:

<sup>192</sup> NETO, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência*. LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. p. 61.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

<sup>195</sup> SANTANA JUNIOR, Sidney Custódio et al. *A importância do papel institucional de uma agência reguladora no desenvolvimento da indústria de energia elétrica no Brasil*. 2012.

A ANEEL é administrada por uma diretoria colegiada, formada pelo diretor geral e outros quatro diretores, entre eles, o diretor-ouvidor. As funções executivas da Agência estão a cargo de vinte superintendentes. A maioria das superintendências se concentra em questões técnicas - regulação, fiscalização, mediação e concessão - e uma parte delas se dedica à relação da ANEEL com seu público interno e a sociedade.

O art. 5º da Lei nº 9.427/1996 estabelece ainda, que tanto o Diretor-Geral quanto os demais Diretores da ANEEL, serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, sendo que a nomeação dependerá de aprovação prévia do Senado Federal nos termos da alínea "f", do inciso III, do art. 52, da Constituição Federal.<sup>196</sup>

Não poderá exercer cargo de direção na ANEEL a pessoa que mantiver vínculos (acionistas, sócios, empregados, membro de algum conselho, etc.) com qualquer empresa concessionária, permissionária, autorizada, produtor independente, autoprodutor ou prestador de serviço contratado dessas empresas sob regulamentação ou fiscalização da autarquia, bem como membro do conselho ou diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses de tais agentes.<sup>197</sup>

No que diz respeito à Administração da ANEEL, essa será objeto de contrato de gestão<sup>198</sup>, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder

---

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina. p. 118.

<sup>196</sup> Em relação ao período do mandato dos diretores da ANEEL, o art. 29 da Lei nº 9.724/1996 prevê uma exceção, qual seja:

“Art. 29. Na primeira gestão da autarquia, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministério de Minas e Energia, e dois Diretores nomeados na forma do disposto no parágrafo único do art. 5º.

§ 1º O Diretor-Geral e os dois Diretores indicados pelo Ministério de Minas e Energia serão nomeados pelo período de três anos.

§ 2º Para as nomeações de que trata o parágrafo anterior não terá aplicação o disposto nos arts. 6º e 8º desta Lei.” (BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.)

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> “§ 1º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do

Executivo no prazo máximo de noventa dias contados a partir da nomeação do Diretor-Geral, sendo que uma cópia desse contrato deverá ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União.<sup>199</sup>

O art. 9º da Lei nº 9.427/1996 dispõe que com o término do mandato, o ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, ocasião em que estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.<sup>200</sup>

Tal dispositivo da Lei nº 9.427/1996, tem por fim evitar os riscos de captura entre Agência Reguladora e agentes regulados, como visto anteriormente.

Por fim, em relação aos cargos em comissão, serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional da autarquia.

---

Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.

§ 2º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, inclusive para efeito do disposto no inciso V do art. 3º, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho.

§ 3º O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.” (BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.)

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

## **5. CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES DA ANEEL**

A ANEEL como agente regulador do setor elétrico possui uma série de atribuições previstas em lei para o exercício de suas atividades, conforme analisado anteriormente.

Algumas dessas atribuições geram dúvida em relação à possibilidade de existir um conflito de interesses entre a ANEEL e outros entes criados pelo Poder Público ou até mesmo entre o próprio Poder Público.

Isso porque, a ANEEL como agente regulador deve zelar pelo cumprimento da legislação aplicável ao setor regulado e manter um equilíbrio entre os entes regulados, o agente regulador e os usuários dos serviços prestados.

A título de exemplo é possível mencionar a atuação da ANEEL na defesa da concorrência. Como é de conhecimento, e será objeto de estudo no item subsequente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é o ente responsável por atuar na defesa da concorrência.

Entretanto, a Lei nº 9.427/96 também estabeleceu à ANEEL a competência de atuar como entidade que propicie a efetiva concorrência, de forma eficiente para o fim de evitar atos de concentração, bem como zelar pela aplicabilidade da legislação aplicável à defesa da concorrência.

Cabe entender se essa atribuição não vai de encontro à competência exercida pelo CADE na análise dos atos de concentração e defesa da concorrência.

Outra atribuição que merece ser analisada é a competência da ANEEL para promover processos licitatórios para atender as necessidades do mercado, visto que o art. 175 de nossa Constituição Federal estabelece que *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”*

Resta a dúvida se a ANEEL como ente independente e autônomo teria competência para promover licitações para atender o mercado de energia elétrica, sendo esse um serviço público prestado pelas concessionárias que possuem autorização, permissão ou concessão.

Ainda, em relação às atribuições da ANEEL, vale mencionar a competência do referido ente em dirimir no âmbito administrativo as controvérsias existentes entre os entes regulados e sua autonomia julgadora, visto que as decisões da ANEEL não estão isentas da reanálise do Poder Judiciário, ocasião em que se discute, os limites da competência da ANEEL de julgar e do Poder Judiciário em anular as decisões proferidas pela ANEEL considerando a teoria dos motivos determinantes e a discricionariedade do ato administrativo.

Dessa forma, serão analisadas a seguir algumas atribuições da ANEEL para o fim de verificar a existência de conflito de competência entre a ANEEL, outros entes públicos ou entre o próprio Poder Público.

## **5.1 ANEEL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Estabelece o art. 3º da Lei nº 9.427/96 que:

[...] Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro

de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

[...]

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

[...]

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica; (...)<sup>201</sup>

Existe uma dúvida crescente quanto aos limites das atribuições da ANEEL quando o assunto é concorrência.

Antes da criação da ANEEL e das demais agências reguladoras, foi instituído o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que se trata de uma autarquia federal, criada em 1962, vinculada ao Ministério da Justiça, com a missão de zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.<sup>202</sup>

Além disso, vale mencionar que a Constituição Federal em seu art. 170<sup>203</sup> já tratava da questão da concorrência, sem, no entanto, regular a respeito, deixando a cargo da legislação infraconstitucional tratar sobre a livre concorrência:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

<sup>201</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

<sup>202</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômico – Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e64311>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>203</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.



V - defesa do consumidor;  
 VI - defesa do meio ambiente;  
 VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)  
 VII - redução das desigualdades regionais e sociais;  
 VIII - busca do pleno emprego;  
 IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.  
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)  
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Dentre os princípios aplicáveis à ordem econômica destacam-se a livre concorrência e a livre iniciativa, ou seja:

Os princípios da concorrência são basicamente livre concorrência e livre iniciativa, orientados pelos ditames constitucionais da função social da propriedade, justiça social, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Esses princípios concorrenciais têm por objetivo proteger os agentes econômicos, as pessoas físicas e jurídicas e os consumidores de quaisquer atos ou condutas que possam impedir, dificultar, obstruir, falsear ou restringir as atividades econômicas e o mercado em si, mediante o abuso do poder econômico.<sup>204</sup>

Em linhas gerais, o CADE exerce três funções específicas, quais sejam:

(i) preventiva, analisando e decidindo sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência; (ii) repressiva ao investigar e julgar cartéis e outras condutas consideradas nocivas à livre concorrência; e (iii) educacional ou pedagógica, tendo em vista que cabe ao CADE instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de

<sup>204</sup> BRASIL, REGULAÇÃO E. CONCORRÊNCIA NO; COMPLEMENTARIDADE, CONFLITOS E. COMPETÊNCIA NAS LEIS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). p. 7.

pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; e editar publicações.<sup>205</sup>

Nesse sentido relata Dotal<sup>206</sup> que:

Em 1994, com a publicação da Lei 8.884, foi ampliada a autonomia do CADE. A partir daí, além das condutas dos agentes econômicos, passa a fazer parte das suas atribuições o controle das estruturas de mercado. Nesse contexto, o CADE, juntamente com a Secretaria de Direito Econômico – SDE passa a exercer as atribuições de fiscalizar, regular, apreciar e julgar as ações anticompetitivas e o abuso de poder econômico em todos os setores da economia.

Como menciona a autora, com o advento da Lei nº 8.884/94, passa a ser competência do CADE, fiscalizar, regular, apreciar e julgar as ações anticompetitivas, bem como o controle da estrutura do mercado, inicialmente em conjunto com a Secretaria de Direito Econômico (SDE); e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Vale ressaltar que essa estrutura do CADE foi instituída pela Lei nº 8.884/1994 e Lei nº 9.279/1996, sendo posteriormente alterada pela Lei nº 12.529/2011, como explica Del Masso<sup>207</sup>:

A proteção das estruturas concorrenciais de mercado somente se tornou um fenômeno jurídico quando o mercado necessitou de regras que permitissem às empresas exercerem direitos inerentes à exploração de suas atividades, como prova do explanado, adverte-se que o mercado concorrencial foi tutelado em momentos distintos, tendo as normas de proteção anteriores às Leis 8.884/1994 e 9.279/1996 restrita aplicação.

[...] Atualmente, duas Leis são de extrema importância na tutela da competição no Brasil: quando se trata de atos de deslealdade competitiva, a lei aplicável é a 9.279/1996; e quando se trata de atos de abuso de poder econômico, a Lei 12.529/2011.

---

<sup>205</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômico – Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e64311>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>206</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Definição de mercado relevante no setor elétrico e articulação entre a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2013. Dissertação apresentada ao Departamento de Economia da Universidade de Brasília. p. 27.

<sup>207</sup> MASSO, Fabiano Del. Op. cit. pp. 154 e 155.

O fato da SDE, SEAE e do CADE agirem em conjunto, permitia que as análises de atos de concentração e dos processos administrativos fossem realizados de forma transparente e com pluralidade de opiniões, no entanto, devido a sua configuração plural o processo era um pouco moroso, já que passava por todas as autoridades.<sup>208</sup>

A SDE era integrante do Ministério da Justiça que instruía a análise concorrencial dos atos de concentração econômica, emitindo pareceres quanto à possibilidade de aprovação de atos de concentração, investigando e opinando sobre infrações à ordem econômica.<sup>209</sup>

Ademais, a SDE era composta por dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), este último responsável pelas questões antitruste, sendo sua principal característica exercer função investigativa e sua atribuição principal é a análise e coleta de provas referentes a processos de atos de concentração e infrações à ordem econômica.<sup>210</sup>

Com a Lei nº 12.529/2011, a SDE deixa de existir e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC é criado, sendo composto apenas pelo CADE e pela SEAE.<sup>211</sup>

O CADE passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. cit. p 28.

<sup>209</sup> *Ibidem*.

<sup>210</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. cit. p 28.

<sup>211</sup> “O conjunto de órgãos e procedimentos que devem ser observados na aplicação de qualquer punição dada a atos que porventura sejam praticados contra a concorrência forma um verdadeiro Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico são componentes desse sistema.” (MASSO, Fabiano Del. Op. cit. pp. 164 e 165.)

<sup>212</sup> MASSO, Fabiano Del. Op. cit. pp.163-165.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, explica o autor, “é composto por um Presidente e Seus Conselheiros indicados pelo Presidente da República após sabatina do senado.”<sup>213</sup>

A Superintendência-Geral passou a exercer as mesmas funções até então exercidas pela SDE.<sup>214</sup>

Já no que tange à figura do Departamento de Estudos Econômicos, esse não existia na estrutura anterior estabelecida pela Lei nº 8.884/94, ocasião em que o CADE passa a ter um setor incumbido em realizar estudos, pareceres sobre práticas econômicas que possam de alguma forma restringir a concorrência.<sup>215</sup>

Em relação à SEAE, essa se encontra vinculada ao Ministério da Fazenda, foi instituída pela Medida Provisória nº 813 de 1º de janeiro de 1995 e é responsável pelas análises econômicas dos processos administrativos, emitindo os pareceres econômicos em atos de concentração, investigando condutas e elaborando pareceres sobre práticas anticoncorrenciais.<sup>216</sup>

Antes da criação da ANEEL e das demais agências reguladoras, o Estado possuía participação na maior parte dos setores posteriormente regulados. Com a crise econômica e consequente reforma econômico-financeira, o Estado foi se retirando aos poucos e transferindo parte da responsabilidade da prestação desses serviços a terceiros.

No setor de energia elétrica, não foi diferente, a Medida Provisória nº 1.531, de 29 de abril de 1998, autorizou o Poder Executivo a estruturar a Eletrobrás, possibilitando a retirada gradual do Estado dos negócios

---

<sup>213</sup> MASSO, Fabiano Del. Op. cit. p. 169.

<sup>214</sup> *Ibidem*. p. 173.

<sup>215</sup> *Ibidem*. p. 174.

<sup>216</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. cit. p 28.

relacionados ao setor, ocasião em que foram criados o Operador Nacional do Sistema – ONS, o Sistema Interligado Nacional – SIN e o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, posteriormente substituído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.<sup>217</sup>

Quanto à essa transição no setor de energia, Cordovil afirma, ainda, que:

Com a demanda por energia bastante aquecida, em virtude da abertura da economia brasileira e das desestatizações em outros diversos setores, as privatizações seguiram de vento e popa. Houve melhora na qualidade do serviço e aumento da eficiência, com a redução das perdas no sistema de distribuição, corte de pessoal, aumento dos investimentos em distribuição e transmissão, inclusive para consertar problemas com as antigas redes. Contudo, mesmo o grande investimento não foi suficiente para preencher a lacuna entre consumo e geração criada pela falta de investimentos dos anos 80.

A autora explica, ainda, que em 2001, em razão de um período sem chuvas houve uma crise no setor de energia, que fez com que o governo federal intervisse para uma maior eficiência na prestação de serviços do setor, com a conseqüente criação do Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e Ambiente de Contratação Livre (ACL), para o fim de regular a comercialização de energia elétrica.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> CORDOVIL, Leonor. Regulação e concorrência no setor elétrico: a parceria. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 358 e 359.

<sup>218</sup> “(...) a Lei nº 10.484, de 15 de março de 2004 e o Decreto 5.163, de 30 de julho daquele mesmo ano desempenharam importante papel na definição do modelo de competição do setor elétrico. Foi criado o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), palcos para a comercialização ou contratação de energia elétrica. Ao mesmo tempo, as concessionárias e permissionárias atuantes no SIN passaram a ser submetidas ao ACR. Foi determinada a desverticalização societária das concessionárias e permissionárias de distribuição de energia elétrica atuantes no SIN, mediante a proibição da concomitância das atividades de geração, transmissão, comercialização com consumidores livres, participação em outras sociedades e outras atividades estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização. Por fim, foram idealizados os novos agentes do setor de energia elétrica, tais como o Comitê de Monitoramento do setor Elétrico – CMSE, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, além de serem revistos os papéis dos agentes já existente.” (CORDOVIL, Leonor. Op. cit. p. 359.)

Antes desse período de transição, com a consequente desestatização, pouco se falava a respeito de defesa da concorrência no setor de energia elétrica, vez que era o Estado o agente econômico que atuava de forma verticalizada, sem a aplicação de regras de mercado.<sup>219</sup>

Com o novo modelo estrutural e a resultante criação da ANEEL como agente regulador do setor elétrico, surgiu a necessidade de estabelecer certas atribuições a esse ente, sendo que dentro dessas atribuições enquadrava-se a defesa da concorrência e controle do mercado de energia.

O fato da Lei nº 9.427/96 (art. 3º, inciso VIII) ter estabelecido à ANEEL a competência de restringir e limitar para propiciar a concorrência e impedir os atos de concentração, não gerou qualquer desconforto entre a ANEEL e o CADE, visto tratar-se de competência tipicamente regulatória, vez que visa à organização do mercado de energia elétrica, limitando, assim, a possibilidade de transferência de controles societários que venham a limitar ou prejudicar a concorrência.<sup>220</sup>

Ocorre que a Lei nº 9.427/96 foi um pouco além dessa competência regulatória, estabelecendo que compete a ANEEL zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência.

Nesse sentido explica Sampaio:

O inciso IX, no entanto dá azo a uma maior complexidade interpretativa. Literalmente, a norma atribui à ANEEL a função de “zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência”. Daria então essa norma competência para que a ANEEL aplicasse a Lei de Defesa da Concorrência? Em havendo violação da legislação concorrencial, poderia a ANEEL sancionar o agente econômico desviante?

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal prevê, ainda, que a ANEEL deveria articular-se com a SDE, mas não esclarece de que espécie seria essa articulação. Além disso, ao não ressaltar

---

<sup>219</sup> CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. A Defesa da Concorrência no setor Elétrico. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. p. 415.

<sup>220</sup> SAMPAIO, Patrícia Regna Pinheiro. Op. Cit. p. 239.

expressamente as competências do CADE, fez surgir fundadas dúvidas sobre quem aplicaria a legislação concorrencial ao setor de energia elétrica.

Aplicando-se a lei de forma literal seria possível visualizar 03 (três) situações distintas em relação a essa atribuição conferida à ANEEL pela Lei nº 9.427/96, conforme detalhado pela autora, quais sejam:

(i) isenção do órgão antitruste no que tange ao julgamento de questões concorrenciais, com a ANEEL aplicando a Lei de Defesa da Concorrência; (ii) competências concorrentes, haja vista a previsão de que a ANEEL e a SDE deveriam coordenar-se sem indicar a letra da lei se a ANEEL poderia também decidir matérias concorrenciais, tal como o CADE; ou, ainda, (iii) competências complementares, sustentando-se que a coordenação entre SDE (atualmente, a Superintendência-Geral do CADE) e ANEEL dar-se-ia apenas no plano instrutório, cabendo ao CADE aplicar com exclusividade a Lei de Defesa da Concorrência e à agência reguladora proceder à regulação técnica e econômica do mercado.

Dessa forma, a ANEEL que tinha como uma de suas atribuições zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, com vistas à prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica, em 1998, por meio da Resolução nº 94/1998, estabeleceu limites à participação dos agentes econômico nos segmentos de geração e de distribuição de energia elétrica, sendo que a referida Resolução foi posteriormente revogada pela Resolução Normativa nº 278/2000, que tratava também das limitações à concentração societária no segmento de energia elétrica.<sup>221</sup>

No que diz respeito à Resolução nº 94/1998, a sua revogação foi em razão das divergências existentes entre a referida norma e o estabelecido pelo

---

<sup>221</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=23>>. Acesso em: 23 out. 2014.

SBDC, principalmente em relação ao conceito de mercado relevante<sup>222</sup>, visto que referida resolução estabeleceu uma série de restrições, limitações e condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, com relação à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, com a finalidade de estimular a concorrência entre os agentes.<sup>223</sup>

Em razão das alterações sugeridas pela SEAE e a SDE, quando ainda fazia parte da estrutura do SBDC, a ANEEL entendeu por bem acatar algumas dessas sugestões, visto que por mais que houvesse diferenças de conceitos e formas de atuação, considerou a minuta como pró-competitiva, o que atingia o objetivo principal que era dar suporte na atuação da ANEEL nas ações articuladas com os entes de defesa da concorrência.<sup>224</sup>

Tais alterações implicaram na publicação da Resolução 278/2000 que *“estabeleceu limites e condições para participação dos agentes econômicos nas atividades do setor de energia elétrica.”*<sup>225</sup>

A Resolução 278/2000 foi sofrendo diversas alterações e se aprimorando gradativamente, tendo em vista as alterações que ocorreram no setor elétrico, principalmente em razão da Lei nº 10.848/2004 e do Decreto nº

<sup>222</sup> “Durante o processo de revisão da Resolução nº 094, de 1998, foram realizadas reuniões com a SEAE e com a SDE, as quais enviaram suas contribuições que abordaram resumidamente os seguintes pontos:

- ✓ As Secretarias consideram como desverticalização não somente a constituição de empresas com personalidades jurídicas separadas, mas também, a exigência que as mesmas não sejam subordinadas a uma mesma controladora (Holding);
- ✓ a metodologia para o cálculo das participações dos agentes econômicos atuantes no setor difere daquela utilizada pela ANEEL; e
- ✓ a diferença entre o conceito de mercado considerado pela minuta da resolução e o adotado pela SEAE, especialmente no que diz respeito à dimensão geográfica. As Secretarias utilizam o conceito de mercado relevante, já a ANEEL não trata de mercados relevantes, mas sim de sistemas.”

(AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt\\_sem\\_341\\_2007\\_ap\\_001\\_2008.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt_sem_341_2007_ap_001_2008.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.)

<sup>223</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. cit. p 41.

<sup>224</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt\\_sem\\_341\\_2007\\_ap\\_001\\_2008.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt_sem_341_2007_ap_001_2008.pdf)> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>225</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. cit. p 41.



5.163/2004, retirando, inclusive, os limites à concentração inicialmente estabelecidos, por não estarem mais em consonância com o ambiente regulatório vigente.<sup>226</sup>

Em 2009, por meio da Resolução Normativa nº 378/2009, novamente a ANEEL realizou alterações de forma a ajustar o regulamento com o ambiente regulatório vigente, bem como para evitar conflitos de interesse com o CADE e com a Lei nº 8.884/1994, vigente há época, que dispõe acerca da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.<sup>227</sup>

Vale mencionar que além das adaptações normativas realizadas, a ANEEL buscou celebrar convênios com órgãos de defesa da concorrência, para que juntos pudessem trabalhar de forma harmônica sem ocasionar em conflitos de competência.<sup>228</sup>

Atualmente a ANEEL possui Termo de Compromisso com diversos entes. A esse respeito é possível verificar no sítio da própria ANEEL<sup>229</sup> que:

Hoje, a iniciativa evolui, e vigora um Termo de Compromisso, firmado pela Agência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF), com o objetivo de formalizar a ação conjunta dos órgãos e instituições signatárias na prevenção e na repressão de infrações à ordem econômica no setor elétrico. Assim, a Agência, por iniciativa própria ou provocada pela SDE, fornece subsídios aos julgamentos e decisões do Cade.<sup>230</sup>

O Termo de Compromisso firmado entre a ANEEL e a SEAE<sup>231</sup> pode ser resumido em três objetivos principais, quais sejam (i) realização de estudos

<sup>226</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=23>> Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>227</sup> *Ibidem.*

<sup>228</sup> *Ibidem.*

<sup>229</sup> *Ibidem.*

<sup>230</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. pp. 240 e 241.

<sup>231</sup> "Práticas anticompetitivas no setor elétrico encontram resposta imediata da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Para garantir o cumprimento das leis que tratam da livre

para discutir e verificar eventuais efeitos anticompetitivos no setor de energia elétrica; (ii) discutir a regulamentação vigente que trata sobre concorrência; e (iii) consolidar e manter em consonância conceitos e regras procedimentais para a aplicação da Lei Concorrencial.<sup>232</sup>

Frise-se que apesar de o Termo de Compromisso ter sido firmado antes das alterações realizadas na estrutura do SBDC pela Lei nº 12.529/2011 (21 de julho de 2010), as informações obtidas tanto no sítio da ANEEL quanto do CADE indicam que referido Termo de Compromisso permanece em vigor.

O possível conflito de competência entre a ANEEL e os demais órgãos de defesa da concorrência, gerado pela falta de elucidação do art. 3º, inciso IX da Lei nº 9.427/96, é nítido, visto a própria preocupação desses entes na celebração de convênios e termos de compromissos para uma atuação em conjunto, ou seja, uma competência complementar para a aplicação das normas gerais de defesa da concorrência em consonância com as normas e resoluções específicas emitidas pela ANEEL.

Nesse sentido explica Calliari e Cianfarani<sup>233</sup>:

Configura-se, portanto, um cenário onde deve haver a articulação funcional entre o sistema brasileiro de defesa da concorrência e o órgão regulador do setor energético, de forma coordenada, de forma a garantir a aplicação das políticas concorrenciais também no setor regulado, haja vista o esforço de consolidação da cultura de defesa da concorrência no Brasil. A partir da coexistência de dois conjuntos legislativos e dois grupos de autoridades atuando sobre o mesmo setor econômico, surgiu no país a preocupação com a possibilidade de decisões díspares versando sobre o mesmo ato jurídico.

---

concorrência no País, a ANEEL atua junto com outras instituições do governo dedicadas a impedir manobras desta natureza.

A ANEEL trabalha no combate à formação de monopólios em conjunto com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda, Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia especial.” (SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. pp. 240 e 241.)

<sup>232</sup> CORDOVIL, Leonor. Op. Cit. p. 362.

<sup>233</sup> CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. Op. cit. p. 417.

O compromisso firmado entre a ANEEL e o SBDC, foi exatamente para que houvesse uma articulação institucional entre esses entes, razão pela qual prevê que quaisquer uns desses entes podem encaminhar as denúncias sobre tentativas de manipulação do mercado de energia elétrica, sendo que a apuração das infrações iniciaria com a instauração de processo investigativo pela SDE (atualmente, a Superintendência-Geral do CADE).<sup>234</sup>

Caso seja constatada a procedência das denúncias, será instaurado processo administrativo que será encaminhado à SEAE e, no caso de empresa do setor de energia elétrica, será encaminhada também uma cópia à ANEEL para manifestação formal por meio de Parecer Técnico, sendo o processo julgado pelo CADE.<sup>235</sup>

Dessa forma, verifica-se que aparentemente o mercado de energia está protegido por uma legislação abrangente que assegura a livre concorrência entre as empresas de uma maneira regulada, ocasião em que a ANEEL com base em leis específicas do setor elétrico, acompanha as mudanças societárias das empresas, os negócios por essas realizados, como é o caso de possíveis transferências de concessões, permissões e autorizações.<sup>236</sup>

Referido controle visa impedir a concentração econômica de determinados grupos nos serviços e atividades do setor elétrico em conjunto com outras instituições de defesa econômica.<sup>237</sup>

Entretanto, apesar do esforço para a realização de um trabalho em conjunto entre a ANEEL e o SBDC no controle dos atos de concentração, não

---

<sup>234</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=23>>. Acesso em: 23 out. 2014.)

<sup>235</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=24&idPerfil=4>>, Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>236</sup> *Ibidem.*

<sup>237</sup> *Ibidem.*

significa que existe um consenso entre esses entes no que diz respeito às condutas anticompetitivas ou atos de concentração.

Como será visto a definição de mercado relevante em análise de atos de concentração realizadas pelo CADE, não necessariamente irá obedecer a segmentação de mercado aplicada no ambiente regulatório, razão pela qual se insiste pela necessidade de se manter uma interação entre SBDC e as agências reguladoras.<sup>238</sup>

Um dos principais pontos objeto de discussão, que como visto anteriormente, ocasionou na revogação da Resolução nº 94/1998 e na consequente alteração da legislação aplicável às questões relacionadas à defesa da concorrência é a conceituação de mercado relevante.

O conceito tanto não é definido que o próprio CADE já decidiu de forma distinta em diversos julgados, conforme será verificado a seguir, ocasião em que menciona Dontal<sup>239</sup> que:

Essa falta de harmonização de conceitos entre os órgãos de defesa da concorrência no exercício de suas competências na análise de atos de concentração no segmento de geração de energia elétrica resulta em total instabilidade e imprevisibilidade das decisões.

Dentre os casos em que houve divergência no conceito adotado para mercado relevante é possível citar o caso da Petrobrás, Usina Termoelétrica Petrolina, AC 08012.007852/2007-85, em que a SEAE em seu parecer decidiu pela segmentação de mercado de acordo com a matriz de geração (hidrelétrica, termelétrica ou eólica) sob alegação de que o setor de geração de

---

<sup>238</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. pp. 339-341.

<sup>239</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. Cit. p. 69.

energia elétrica possui três segmentos distintos: (i) geração de energia hidrelétrica; (ii) termelétrica; e (iii) eólica.<sup>240</sup>

A SEAE entendeu, ainda, que a forma de contratação no ACR prevê que as hidrelétricas são contratadas por quantidade, enquanto as térmicas são contratadas por disponibilidade sendo mais um fator para a segmentação do mercado de geração de energia por fontes.<sup>241</sup>

Já Paulo Furquim de Azevedo, à época conselheiro do CADE, em seu voto entendeu de forma distinta, já que para o ex-conselheiro a diferença na forma de geração não significa uma segmentação do mercado de geração, mas sim a sua conexão ao SIN:

[...] o conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo considerou em seu voto que **não se justificaria uma distinção tão profunda entre ACL e ACR a ponto de considerá-los mercados distintos, e que a aquisição de energia elétrica de UTE e de UHE não é inteiramente distinta a ponto de justificar a separação em mercados diversos, concluindo que o mercado é composto pelos geradores conectados ao SIN.** O conselheiro se baseou no fato de que a remuneração das UTE por disponibilidade guarda relação com seus custos de capital fixo, além dos custos variáveis das usinas para que as mesmas funcionem no momento em que forem despachadas pelo ONS. Destacou também que na hipótese de um gerador contratar energia e não entregá-la, este ficará obrigado a adquiri-la no mercado de curto prazo (spot), fazendo-se a liquidação por diferença no âmbito da CCEE, independe de sua fonte geradora. (grifo nosso)<sup>242</sup>

Contudo, em outro caso da Petrobrás, o então conselheiro Olavo Zago Chinaglia, divergindo do entendimento de Paulo Furquim de Azevedo, entendeu que existe sim uma segmentação do mercado de geração baseado na matriz energética (hidrelétrica, termelétrica e eólica):

[...] torna-se bem ilustrativo o Caso Juiz de Fora – Petrobrás, AC 08012.012953/2007-78 em que o CADE acompanhando o voto do conselheiro-relator Olavo Zago Chinaglia entendeu que o mercado relevante de geração deve ser segmentado por matriz energética. Dentre os argumentos utilizados pelo conselheiro-relator Olavo Zago

<sup>240</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. Cit. p. 69.

<sup>241</sup> *Ibidem.*

<sup>242</sup> *Ibidem.* p. 63.

Chinaglia merece destaque o fato de que, sob o ponto de vista da demanda, resta claro que a fonte geradora de energia é indiferente, vez que as distribuidoras são obrigadas a contratar com todos os empreendimentos vencedores do leilão. Contudo, sob a ótica da oferta, a análise da dinâmica concorrencial entre os participantes dos leilões no âmbito do ACR permite afirmar que a fonte geradora é determinante, não apenas para a fixação dos preços, quantidades e prazos contratados, mas também para a própria forma de contratação, que diverge substancialmente em se tratando de geradoras hidrelétricas e geradoras a partir de outras fontes (em especial, termelétricas).<sup>243</sup>

Dessa forma, verifica-se que não há um consenso em relação ao conceito de mercado relevante do setor elétrico nem mesmo entre os membros do CADE, o que poderia gerar insegurança jurídica no julgamento dos atos de concentração.

Nos casos mencionados acima foi possível notar uma inconsistência na análise de mercado relevante do setor elétrico. Isso porque, se a definição de mercado relevante for baseada na dimensão do produto, ou seja, com base na matriz de geração de energia (hidrelétrica, termelétrica ou eólica), em um leilão de energia (ACR) deveria existir uma restrição quanto à participação das usinas, no que diz respeito à fonte de geração de energia.<sup>244</sup>

No entanto, as usinas da Petrobrás relacionadas aos casos em questão encontravam-se regularizadas para comercialização, tanto no âmbito do ACR quanto no âmbito do ACL.<sup>245</sup> Ainda, nesse sentido, ressalta Dontal que:

[...] no Ambiente de Contratação Livre (ACL) tanto as fontes hidrelétricas como as termelétricas com quaisquer tipos de combustível, competem pelos mesmos consumidores em todos os submercados, com contratos na modalidade por quantidade de energia.<sup>246</sup>

No que diz respeito à definição do mercado relevante na dimensão geográfica, ou seja, com base na ligação ao SIN, no modelo brasileiro a

---

<sup>243</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. Cit. p. 63.

<sup>244</sup> *Ibidem*. pp. 66 e 67.

<sup>245</sup> *Ibidem* 175.

<sup>246</sup> *Ibidem* 175.

localização da usina não influencia no preço da comercialização, visto que nos leilões de energia (ACR) as distribuidoras declaram a necessidade de compra de energia, sem qualquer restrição em relação à localização da usina.<sup>247</sup>

Assim, afirma Dontal que:

O entendimento dessa dissociação é essencial para se compreender que a segregação geográfica do SIN é relevante do ponto de vista da operação do sistema elétrico, mas não da delimitação dos mercados relevantes conforme uma análise antitruste.<sup>248</sup>

Ainda em relação às divergências quanto ao conceito de mercado relevante a Autora traz uma série de julgados do CADE<sup>249</sup> que decidiram de forma diferenciada, dentre eles citam-se os abaixo:

1.1.1. Caso CGEEP (ato nº 08012.008080/1999-09) – 02/02/2000

A conselheira-relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva definiu o mercado relevante na sua dimensão produto como geração de energia elétrica e na dimensão geográfica o Sistema Interligado Nacional (SIN), que inclui os subsistemas Sul, Sudeste e Centro-Oeste, Norte e Norte.

1.1.6. Caso Enerpeixe S.A. (ato nº 08012.004469/2001-80) – 13/03/2002

O conselheiro-relator Celso Fernandes Campilongo definiu em seu voto o mercado relevante na sua dimensão produto como geração de energia elétrica. Por sua vez, no que se refere à dimensão geográfica, argumentou que “o CADE vem, reiteradamente, definindo o mercado geográfico de geração como um mercado nacional. A regulação em vigor não impõe restrição no que se refere à localização geográfica das geradoras que fornecem energia para consumidores livres. A partir da regulamentação específica do setor, é possível adquirir energia elétrica de qualquer empresa participante do Sistema Interligado de Geração de Energia, que desde 1999 interligou todo o país”. Isso posto, definiu o mercado relevante na sua dimensão geográfica como sendo o nacional.

1.1.11. Caso Consórcio Estreito Energia (ato nº 08012.000346/2003-31) – 11/06/2003

O conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira definiu o mercado relevante, em sua dimensão produto, como (i) geração de energia e (ii) comercialização de energia. Por sua vez, definiu o mercado relevante de geração em dimensão geográfica como o Subsistema Norte/Nordeste.

1.1.21. Caso Energética Campos de Cima da Serra Ltda - ECCS (ato nº 08012.009255/2005-23) – 25/10/2006

<sup>247</sup> DONTAL, Patrícia Trindade. Op. Cit. p.68.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> *Ibidem*, pp. 76-85.

O conselheiro-relator Luis Fernando Schuartz considerou o mercado relevante na sua dimensão produto como sendo geração de energia elétrica e na sua dimensão geográfica a região Sul do país.

1.1.27. Caso Enterpa - UHE Cachoeirinha e UHE São João (ato nº 08012.010322/2007-14) – 30/01/2008

O mercado relevante foi definido pelo conselheiro-relator Fernando de Magalhães Furlan, em consonância com o parecer SEAE, na sua dimensão produto como mercado de geração de energia elétrica por fonte hidrelétrica e na dimensão geográfica no Subsistema Sul.

1.1.39. Caso Juiz de Fora (Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS – Usina Termoelétrica Juiz de Fora (ato nº 08012.012953/2007-78) – 6/11/2008

Nesse caso a SEAE definiu o mercado relevante sob a dimensão do produto como sendo o de geração de energia por fonte termelétrica e no âmbito geográfico do Subsistema Sudeste/Centro-Oeste. Nesse sentido, entendeu o conselheiro-relator Olavo Zago Chinaglia que “a análise da dinâmica concorrencial entre os participantes dos leilões no âmbito do ACR permite afirmar que, sob a ótica da oferta, a fonte geradora é determinante não apenas para fixação de preços, quantidades e prazos contratados, mas também para a própria forma de contratação, que diverge substancialmente em se tratando de geradoras hidrelétricas e geradoras a partir de outras fontes (em especial, termelétricas). Até mesmo o momento em que as geradoras hidrelétricas apresentam seus lances no leilão é diferente daquele em que as demais geradoras o fazem. Nesse sentido, há elementos suficientes para segregar, sob a ótica do produto, o mercado relevante, nos termos da SEAE”. Assim, no presente caso o mercado relevante na dimensão do produto foi definido como sendo o de geração de energia por fonte termelétrica e na dimensão geográfica foi definido como sendo a área correspondente ao Sistema Interligado Nacional (SIN).

A competência para a aplicação da lei de defesa da concorrência é do SBDC, sendo de sua responsabilidade impedir atos de concentração ou condutas antitrustes, no entanto, no caso do setor elétrico, as questões que envolvem atos de concentração são complexas e específicas, ocasião em que embora dotados de competência legal para instruir, investigar e expedir decisões sobre os atos de concentração no setor elétrico, em determinadas situações o SBDC necessitará de um suporte técnico da ANEEL, razão pela qual se busca uma interação.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> DE ALMEIDA, Valdomiro José. Definição de mercados relevantes e medidas de concentração no setor elétrico: análise comparada da experiência brasileira. 2003. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Brasília, por intermédio do Centro de Estudos em Regulação de Mercados. p. 3.



Em se tratando de energia elétrica o assunto acaba por se tornar algo mais complexo, pois a energia em si é um bem peculiar, diferenciado de outros bens. A energia possui certas características que dificultam o entendimento quanto ao mercado relevante desse produto e conseqüentemente o julgamento de condutas lesivas ao direito da concorrência.

A energia é um bem não estocável, ou seja, instantaneamente perecível e que deve ser produzido e consumido simultaneamente; é um bem homogêneo, o que impossibilita a sua distinção em razão da fonte geradora (hidrelétrica, termelétrica ou eólica), dificultando a ciência de onde essa é proveniente; é um bem não dirigível, visto que diferente de uma rede de água, ou de uma rodovia, não há uma rota pré-estabelecida; e é composta por uma série de componentes (energia ativa, reativa, voltagem e frequência).<sup>251</sup>

Ensina De Almeida que:

Os passos que uma análise antitruste deve percorrer para avaliar o impacto de uma concentração no bem-estar social são: definição dos mercados, estimativa do grau de concentração, avaliação dos efeitos concorrenciais, análise das condições de entrada e avaliação dos ganhos de eficiências.[...]

[...] Na prática, a principal razão de definir (delimitar) mercados relevantes é estimar o nível de concentração do mesmo para inferir as condições de exercício abusivo de poder de mercado pelos agentes dele participantes.<sup>252</sup>

É de suma importância a análise dos atos de concentração para evitar condutas anticompetitivas, sendo que dessa análise se faz necessário entender o mercado relevante de forma a verificar a existência ou não de equilíbrio no referido ato, isto é, analisar se atinge um mercado economicamente significativo que conseqüentemente estará sujeito ao exercício do poder de mercado.

---

<sup>251</sup> DE ALMEIDA, Valdomiro José. pp. 8-10.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

A compreensão pelo agente regulador das normas de defesa da concorrência e a sua atuação no ambiente regulatório com vistas a promover a concorrência, também é de grande importância, tendo em vista que é o agente regulador que autoriza determinados atos aos entes regulados e esses devem estar em consonância com a legislação antitruste, sob pena de haver um conflito de competência, ou seja, ato autorizado pela ANEEL e processados pelo CADE como conduta anticompetitiva ou até mesmo decisões divergentes.

Assim, por mais que uma das atribuições da ANEEL seja impedir a concentração econômica nos serviços e atividade de energia elétrica, estabelecendo limites, restrições e condições a fim de propiciar a concorrência, a ANEEL deve zelar, também, pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência<sup>253</sup>, assim como os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em conjunto com a ANEEL de forma a entender as questões técnicas relacionadas aos atos de concentração levados a julgamento.

Diferente do que ocorre com a ANEEL, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL possui competência tão somente para exercer ações relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao CADE.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> A Lei nº 8.884/1994, considerada como a Lei Geral de Defesa da Concorrência, teve praticamente todos os seus dispositivos revogados pela Lei nº 12.529/2011. A Lei nº 12.529/2011 revogou a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, os arts. 5º e 6º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, **e os arts. 1º a 85 e 88 a 93 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**, e teve como objetivo estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; alterando a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e outras providências.

<sup>254</sup> CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. Op. cit. p. 418.

Dessa forma, não pode a ANATEL tratar de assuntos de competência do CADE, preservou-se, assim, a competência decisória do referido agente regulador quando o assunto é defesa da concorrência.

Um ponto que vale mencionar, quanto à competência do CADE e da ANEEL, é em quais situações os atos de concentração deverão ser submetidos a eles, ocasião em que se verifica que a atuação da ANEEL é muito mais extensa que a do CADE.

Isso porque, todos e quaisquer atos (concentração societária; alteração do controle acionário; cisão; fusão; transferência de concessões, permissões e autorizações), deverão ser analisadas e autorizadas pela ANEEL, nos termos do art. 3º, inciso VIII, da Lei 9.427/96.<sup>255</sup>

Entretanto, não são todos os atos de concentração do setor elétrico que serão submetidos à análise do CADE<sup>256</sup>, mas tão somente àqueles que cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e (ii) pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), nos termos do art. 88, incisos I e II da Lei nº 12.529/2011, posteriormente alterados pela Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> OLIVEIRA, Gesner. Regulação e defesa da concorrência: bases conceituais e aplicações do sistema de competências compartilhadas. 2005. p.62.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> BRASIL. Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Senado, 2011.

Oliveira ressalta, ainda, que a forma de análise da ANEEL e do CADE também é distinta em relação à sua amplitude, já que o CADE analisa um ato de concentração de uma forma mais ampla, analisando o impacto desse ato em diversos setores da economia, enquanto à ANEEL analisará tão somente os impactos ocasionados ao setor regulado.<sup>258</sup>

Nesse sentido, afirmam Calliari e Cianfarani que:

Como é característico a todos os setores regulados da economia o setor elétrico não se encontra total e livremente sujeito às forças de mercado, porém não pode querer afastar do setor a aplicação das normas gerais do direito da concorrência, posto que seus agentes gozam de certa parcela de liberdade de iniciativa para exercício do poder econômico.

Dado que se aplicam ao setor elétrico tanto as legislações específicas de regulação setorial quanto a legislação geral antitruste, há que se buscar uma forma articulada e coerente na aplicação das respectivas normas pela agência reguladora e as autoridades antitrustes, minimizando-se potenciais conflitos e ambiguidades.<sup>259</sup>

Isso só reforça a necessidade de um trabalho conjunto da ANEEL e do CADE e a importância que ambos os entes possuem para o fim de evitar possíveis conflitos de interesse e, a razão pela qual, a Lei nº 9.427/96 estabeleceu como atribuição da ANEEL a defesa da concorrência, sem, no entanto, excluir a aplicação da lei geral de defesa da concorrência e a atuação da ANEEL em conjunto com os demais órgãos de defesa da concorrência.

A legislação aplicável à ANEEL como agente regulador lhe confere poderes para zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência,

---

<sup>258</sup> “Assim, por exemplo, a aquisição de uma empresa geradora de energia elétrica por um grupo societário que controle determinada empresa produtora de alumínio pode ser inofensiva para a concorrência no setor de energia elétrica, mas prejudicial para a concorrência no setor de alumínio. **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 de referida operação pela Agência. Já a análise do CADE tende a inserir a operação no contexto geral da economia nacional, sendo possível a imposição de restrições à operação em virtude do seu impacto sobre o setor de alumínio.** Apesar dessa delimitação material da competência não estar estipulada em Lei, sua adoção parece bastante razoável, uma vez que a capacidade técnica da ANEEL é totalmente voltada para a análise do setor de energia elétrica.” (grifo nosso) (OLIVEIRA, Gesner. Op. cit. p.63.)

<sup>259</sup> CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. Op. Cit. p. 415.

monitorar as condutas anticompetitivas e acompanhar as práticas de mercado, atuando a ANEEL no ambiente regulatório, sendo que a responsabilidade de julgar atos de concentração e condutas antitrustes ficará a cargo das autoridades pertencentes ao SBDC, o que não dispensa a análise do ato de concentração nem pela ANEEL, nem pelo CADE, ocasião em que as obrigações estabelecidas por ambos devem ser observadas e subsistirem em paralelo e de forma complementar.<sup>260</sup>

Cabe entender se o fato de existirem legislações diferentes, quais sejam, a legislação antitruste e a legislação regulatória, se isso não irá gerar um conflito de interesses, ocasião em que uma das leis deveria prevalecer.

Seguindo a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, em caso de conflito entre uma lei especial e uma lei geral, deve prevalecer a legislação específica, razão pela qual em um possível conflito entre ANEEL e CADE, a legislação da ANEEL deveria prevalecer.<sup>261</sup>

No entanto, não é isso que ocorre. Não há uma hierarquia entre a lei geral de defesa da concorrência e a legislação aplicável ao setor elétrico, pelo contrário, mesmo que venha a existir divergência de opiniões, como foi visto no caso da conceituação de mercado relevante, ambas as legislações devem ser observadas pela parte interessada, sendo necessária a aprovação de ambos os entes, conforme relatam Calliari e Cianfarani<sup>262</sup>:

A incidência simultânea de diferentes legislações sobre o mesmo ato não representa qualquer novidade, sendo certo que o não-cumprimento de normas ambientais pode impedir o funcionamento de uma fábrica tanto ainda que as regras relativas ao zoneamento estejam sendo respeitadas. **O legislador considerou que havia**

---

<sup>260</sup> Os autores citam ainda decisão do CADE em ato de concentração do setor elétrico que deixa clara a função da ANEEL como agente regulador e do CADE de proteção ao mercado em todos os setores da economia. (CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. Op. Cit. pp. 418-420.)

<sup>261</sup> *Ibidem*, p.220.

<sup>262</sup> CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. Op. Cit. pp. 418-420.

**ordens diferentes de interesses a serem protegidos, alocando a sua aplicação a centros decisórios diferentes. Assim, ainda que a ANEEL alegue problemas concorrenciais para impedir uma operação que o CADE aprovaria sem maiores dificuldades, ela está na verdade exercendo seus poderes regulatórios, aplicando os conceitos e métodos concorrenciais de acordo com o seu ponto de vista de agência reguladora. É evidente que tal reconhecimento não significa que as decisões da ANEEL (como as do CADE) não possam ser criticadas do ponto de vista antitruste. Trata-se apenas de ressaltar que a ANEEL chegar a uma conclusão diversa da do CADE relativamente a uma operação não configura conflito de legislações ou entre órgãos.**  
(grifo nosso)

Ainda, nesse sentido, explica Sampaio<sup>263</sup> que:

Em primeiro lugar, conforme já exposto em outras passagens deste trabalho, faz-se necessário interpretar o art. 31 da Lei n. 12.529/2011 nos seus devidos termos: a lei autoriza que o CADE imponha suas decisões a pessoas jurídicas de direito público, mas não lhe confere competência para rever atos normativos e decisórios das agências reguladoras no exercício regular de suas competências legalmente atribuídas. Nesse sentido, a competência do CADE para impor decisões a pessoas jurídicas de direito público limita-se às situações em que essas atuem como agente econômicos, como ocorre, por vezes, com algumas autarquias que prestam serviços públicos econômicos, e às hipóteses em que a questão envolva a tutela da concorrência enquanto direito difuso.

Dessa forma, em se tratando de alguma questão relacionada a direito difuso, por mais que envolva a ANEEL ou qualquer outro ente regulador, a controvérsia não estaria excluída da competência do CADE.

Ademais, o CADE como autarquia possui personalidade jurídica própria e “ius postulandi”, podendo, se for o caso, postular em juízo com o fim de preservar sua competência e a aplicação da Lei Geral da Concorrência se entendesse conveniente, caso verificasse conduta antitruste por parte das políticas aplicadas pelas agências reguladoras.<sup>264</sup>

No que diz respeito aos pareceres emitidos pela ANEEL em análise de atos de concentração, seguindo, assim, o estabelecido nos convênios firmados

<sup>263</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. pp. 349 - 350.

<sup>264</sup> *Ibidem.* p. 353.

com os órgãos da SBDC, cumpre esclarecer que grande parte dos pareceres não foram decisivos para a formação do convencimento do CADE.<sup>265</sup>

Nesse sentido, Cordovil menciona alguns pareceres da ANEEL e o entendimento do CADE a respeito, conforme reproduzido abaixo<sup>266</sup>:

**Descrição:** Data do parecer da ANEEL: 01/08/2006. Aquisição pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG e pela Brascan Brasil Ltda. – BRASCAN, de 50% das ações ordinárias da empresa Amazonense de Transmissão de Energia S.A. – EAT

**Parecer da ANEEL:** Análise à luz do art. 27 da Lei nº 8.987/95 e do decreto 2.335/97, bem como da Lei nº 6.404/76.

**Mercado relevante:** O sistema de transmissão no Brasil não atua sob a forma de concorrência, tratando-se de um monopólio regulado. Ressalta que todo o planejamento neste segmento cabe ao Governo Federal.

**Entendimento do CADE:** Há sobreposição nos mercados de transmissão (CEMIG e EATE) e geração (CEMIG e BRASCAN). Há duas integrações verticais, vez que a CEMIG poderá oferecer geração para transmissão da EATE e a EATE poderá ofertar transmissão para a distribuição da CEMIG. A ANEEL foi oficiada para responder perguntas específicas, entre elas a existência de regulamentação específica para transferência de controle acionário.

**Descrição:** Data do parecer da ANEEL: 15/01/2007. Aquisição pela FAFEN ENERGIA S.A. da totalidade do capital societário da UTE BAHIA I CAMAÇARI LTDA.

**Parecer da ANEEL:** Análise à luz da Resolução 278/2000 para concluir que as participações ficam aquém do limite estipulado na resolução.

**Mercado relevante:** A UTE Bahia oferta ao sistema elétrico um montante de 31,8 MW, o que corresponde a 0,032% da capacidade instalada nacional e a 0,11% da capacidade instalada do sistema N/NE.

**Entendimento do CADE:** Há concentração horizontal no mercado de geração. Foi analisada a participação das requerentes no sistema nacional e no sistema N/NE, concluindo-se que a sobreposição não gerava concentração superior a 1%.

**Descrição:** Data do parecer da ANEEL: 17/01/2002. Contrato de Compra e Venda de Ações e outras avenças entre ALCOA ALUMÍNIO S.A. e INEPAR ENERGIA S.A.

**Parecer da ANEEL:** Análise à luz da Resolução nº 278/2000 para concluir que as participações ficam aquém do limite estipulado na resolução.

**Mercado relevante:** A UHE irá ofertar um montante de 1.140 MW à capacidade instalada nacional. A participação da Alcoa irá representar apenas 310.37 MW, representando um pequeno montante capacidade instalada nacional.

**Entendimento do CADE:** Considerando a capacidade de geração da UHE de Machadinho, a participação da Alcoa no mercado de geração na região do subsistema sul é de 9,18%. Assim a operação não gera preocupação. Não há menção do parecer da ANEEL.

<sup>265</sup> CORDOVIL, Leonor. Op. cit. pp. 363 e 364.

<sup>266</sup> *Ibidem*, pp. 364 e 365.

Assim, é possível verificar que em alguns casos o CADE utiliza-se das informações técnicas prestadas pela ANEEL para a análise dos atos de concentração, mas em outros o CADE sequer faz menção ao parecer técnico emitido pelo ente regulador.

Ainda nesse sentido, relata a autora que “[...] o conteúdo das decisões da autoridade concorrencial afastam-se do conteúdo das recomendações da agência reguladora, embora as conclusões finais sejam semelhantes (inexistência de risco à concorrência).”<sup>267</sup>

Essa questão quanto aos limites de competência da ANEEL como agente regulador e do CADE como órgão de defesa da concorrência é algo ainda obscuro, inclusive, ao Judiciário<sup>268</sup>, de forma que não resta claro se a ANEEL apenas exerce uma função técnica, concedendo pareceres ao CADE ou se de fato a ANEEL age em defesa da concorrência de forma direta.

<sup>267</sup> CORDOVIL, Leonor. Op. cit. p. 366.

<sup>268</sup> “A indefinição dos limites de atuação quanto a competência entre a Aneel e o Cade quando a defesa da concorrência chegou ao conhecimento do Tribunal Regional Federal (TRT) da 1ª Região, que apreciando Agravo de Instrumento n. 2002.01.00.011049-9IDF, tendo como Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, 5ª Turma, DJ 13.09.2002, p. 205, entendeu que **“Está errada a tese das agravadas de que cabe somente a ANEEL a competência para definir o mercado relevante do setor de distribuição de energia elétrica, nos termos da Lei 9.247/96.”** Continuando o TRT 1ª Região esclarece que “as alterações introduzidas pela Lei n. 9.648/98, atribuem à ANEEL, devidamente articulada com a Secretaria de Direito Econômico do MJ, o estabelecimento de limites, restrições ou condições que propiciem a concorrência e impeçam efeitos danosos da concentração econômica no setor elétrico, zelando pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência”. E, por fim, **entendeu o Egrégio Tribunal, interpretando a Lei 9.427/96. que a mesma “não dá competência à ANEEL para aplicar as sanções da Lei 8.884/94 e se há abuso de poder econômico. Não existe exceção que retire do CADE a competência para apreciar os atos de concentração, mesmo nos casos de setores econômicos que têm regulamentação específica.”**, conforme Santiago ( apud, 2008, pg. 386):

Numa rápida interpretação dos incisos VIII e XIII do art. 3º da Lei n. 9.427/96, inferimos que parecem afirmar que Aneel tem poderes, independentemente do Cade, para, visando a concorrência efetiva, impor restrições às empresas vinculadas ao setor elétrico, pois não dispõe que estes atos devem ser submetidos ao Cade, apesar do parágrafo único da referida lei timidamente determinar articulação com SDE.” (grifo nosso) (BRASIL, REGULAÇÃO E. CONCORRÊNCIA NO; COMPLEMENTARIDADE, CONFLITOS E. COMPETÊNCIA NAS LEIS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). p. 22.)



Dessa forma, verifica-se que apesar de não existir de fato um conflito de competência nem de legislação entre a ANEEL e os órgãos da SBDC, em especial o CADE, e, mesmo existindo um trabalho conjunto entre esses órgãos para manter uma harmonização no que diz respeito ao direito da concorrência, alguns conceitos importantes como é o caso do conceito de mercado relevante não se encontram livres de divergências, inclusive, dentro do próprio CADE quando o assunto é o setor elétrico.

Por fim, verifica-se que a abordagem da concorrência para o agente regulador diferencia-se da abordagem do CADE, posto que para o agente regulador a preocupação normalmente está relacionada à capacidade de um novo controlador, por exemplo, de forma que esse continue a atender as exigências de capacidade técnica, financeira, esteja regular com suas obrigações fiscais e jurídicas, ou seja, cumpra o estabelecido no contrato de concessão, ou seja, estritamente relacionada à sua função regulatória.<sup>269</sup>

Diferente da visão do CADE, que está relacionada à proteção da livre concorrência, ou seja, zelar por um mercado competitivo e evitar práticas antitrustes que possam prejudicar a livre concorrência. O CADE, não está apenas preocupado com um setor em específico, se os dispositivos contratuais estão sendo cumpridos ou não, mas sim de como o ato de concentração pode vir a prejudicar um mercado como um todo ou influenciar de forma negativa em outros mercados e por conseguinte os usuários e beneficiários desses serviços.

---

<sup>269</sup> SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Op. Cit. p.240.

## 5.2 PROMOÇÃO DE PROCESSOS LICITATÓRIOS PELA ANEEL

Outra atribuição conferida à ANEEL pela Lei nº 9.427/96 é a possibilidade da agência reguladora promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado.

Em relação ao processo de licitação, estabelece o artigo 175, da Constituição Federal que:

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

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

A concessão de serviço público no Brasil, como visto anteriormente, ganhou forças a partir de 1930, ocasião em que houve a descentralização de serviço público e o Estado transferiu a terceiros a prestação de serviços públicos essenciais, principalmente no que diz respeito ao desenvolvimento de infraestrutura com a criação e expansão de estradas de ferro, portos, saneamento básico de água e energia.<sup>270</sup>

Justen Filho relata, ainda, que no século XX o aumento das concessões de serviço público teve por objetivo atender também as necessidades coletivas da época, tendo em vista a crise fiscal e econômica que o Estado se encontrava naquele período.<sup>271</sup>

Dessa forma, a concessão de serviço público teve por objetivo descentralizar do Estado a prestação de determinados serviços, até por que

---

<sup>270</sup> MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público a equação econômico-financeira dos contratos. Editora Verbatim. São Paulo: 2011. p.15.

<sup>271</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de direito público da economia, 2003. p. 95.

esse não estava em condições financeiras razoáveis para atender a todas as necessidades.

Porém, isso não quer dizer que o Estado deixou de intervir e fiscalizar tais serviços, pelo contrário, o Estado buscou manter o controle, mesmo que de forma indireta, criando, inclusive, as agências reguladoras, que regulavam e fiscalizavam serviços públicos como a ANEEL, ANP, ANATEL, etc.<sup>272</sup>

Assim, o objetivo da concessão foi descentralizar tais serviços do Estado, mas não que tais serviços deixem de serem considerados públicos, tratando-se apenas da transferência de uma parcela de responsabilidade do Estado para o particular.<sup>273</sup>

Conforme se verifica do referido dispositivo, incumbe ao Poder Público de forma direta ou indireta, sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviço público, sendo que caso o Poder Público opte pela concessão ou permissão será necessária a realização de licitação.

---

<sup>272</sup> A criação das Agências Reguladoras também está relacionada às condições econômicas que o Estado se encontrava. Com as privatizações e desestatizações que estavam ocorrendo durante esse período, uma das alternativas foi a criação de agências que pudessem regular tais serviços. As agências reguladoras já existiam há muito tempo, porém apenas em 1990 elas começaram a surgir no Brasil, no governo de Fernando Henrique Cardoso. Maiores detalhes poderão ser vistos em artigo escrito pela autora. “A importância da atuação independente e autônoma das agências reguladoras em especial da ANEEL frente à discussão acerca da prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica” pendente de publicação.

<sup>273</sup> A concessão não produz modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público. Não acarreta transformação do serviço em privado. A outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado.

Nos primórdios do séc. XIX, iniciou-se o questionamento dos direitos do concessionário em face do Estado, especialmente nos EUA. Versavam-se especialmente problemas relacionados com concessões de bens públicos. Na época, os conceitos fundamentais do direito público moderno ainda engatinhavam e houve tendência a enfocar as questões sob a égide do Direito Civil. Para fins de proteção ao particular, chegou a aplicar-se o regime do direito de propriedade. Supôs-se que a concessão outorgava uma espécie de “direito de propriedade” ao concessionário, oponível ao Estado segundo os princípios do domínio.

A evolução do pensamento jurídico confirmou a inadequação de abordagens dessa ordem. A concessão é instituto de direito público, que não gera para o concessionário uma posição jurídica reconduzível ao direito de propriedade do Direito Civil. Ainda quando se reconheçam direitos ao concessionário (inclusive sobre os bens afetados ao desempenho do serviço público) e limitações à atuação do poder concedente, isso tudo não se resolve à luz do direito privado. (JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 99.)

Vale mencionar, ainda, que apesar do dispositivo constitucional prever a possibilidade de concessão ou permissão da prestação de serviço público, somente em 1995 esse regime foi regulamentado pela Lei nº 8.987/1995, nesse sentido afirma Justen Filho<sup>274</sup> que:

Apenas em 1995 veio a ser editada a Lei nº 8.987, que forneceu definição legislativa formal para o instituto da concessão. De acordo com o art. 2º, inc. II, a concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Também houve referência à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, definida como “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Dessa forma, o ato licitatório é imprescindível para a delegação de um serviço público, em razão de uma série de princípios constitucionais e princípios do Direito Administrativo, quais sejam, princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Em linhas gerais o ato licitatório deve estar de acordo com o previsto na lei, não se admitindo qualquer inovação; deve buscar a imparcialidade sem favorecer pessoa jurídica ou física que dele vier a fazer parte; não deve estar relacionado ou vinculado a qualquer ato político; deve ser transparente e permitir que toda e qualquer pessoa que atender aos requisitos estabelecidos no edital possa participar da licitação; e acima de tudo deve ser eficiente, ou seja, ter efetividade.

Com o ato licitatório celebra-se com o vencedor, o contrato administrativo de que regerá a prestação do serviço público.

---

<sup>274</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 97.

Em relação aos contratos de concessão de serviço público, assim como estabelece o Código Civil de que o contrato é um acordo de duas ou mais vontades, na concessão também há a necessidade de manifestação de vontade das partes.<sup>275</sup>

É o Estado que tem o poder soberano, conforme estabelecido no art. 175 da Constituição Federal de conceder ou não a possibilidade da prestação de serviço público por meio de contratos de concessões, sendo que por meio do contrato, o Estado irá regular e intervir na forma de atuação do setor.

No que diz respeito ao ato praticado pelo Estado ensina Bagnoli:

O Estado pode atuar de várias formas no domínio econômico, diretamente, como agente econômico, controlando e fiscalizando a atuação de entes particulares, ou ainda em parceria com a iniciativa privada.<sup>276</sup>

O contrato em si é uma forma de atuação do Estado no campo da atividade econômica.<sup>277</sup> É por meio do contrato que o Estado irá regular da forma como lhe é mais conveniente e oportuno, não sendo diferente no caso das concessões de energia elétrica.

O contrato de concessão é o ato pelo qual o Estado poderá exigir das concessionárias as obrigações que foram negociadas entre as partes, servindo para uma futura execução em caso de inadimplemento.

Apesar de o art. 175 da Constituição Federal conferir ao Poder Concedente a concessão, permissão ou autorização da prestação de serviços públicos por meio de licitação, cabe entender se não pode ocorrer entre a

---

<sup>275</sup> “Não há concessão se faltar a manifestação de vontade das partes. A manifestação da vontade do particular se opera com a apresentação de sua proposta, nos termos das estipulações constantes do edital. De outro lado, as estipulações constantes do edital são formuladas de maneira unilateral pela Administração Pública e só produzem efeito se houver apresentação de proposta pelo particular.” (MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. op. cit., pp.27 e 30.)

<sup>276</sup> BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. Op. cit. p.50.

<sup>277</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 12ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007. p.94.

ANEEL, no âmbito de suas funções, e a Administração Pública Direta um conflito de interesses no ato de licitar.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que ao Poder Concedente caberá decidir pela prestação do serviço de forma direta ou por meio de concessão, autorização ou permissão, sendo que à ANEEL, como agência reguladora e com autonomia normativa, administrativa, fiscalizatória, sancionatória, financeira e julgadora, caberá promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado.

Vale mencionar que a Lei nº 9.427/96, em seu art. 3º, inciso II estabelece, ainda, que caberá à ANEEL:

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

Verifica-se, assim, que a competência de promoção dos atos licitatórios pela ANEEL não se confunde com a competência do Poder Concedente em decidir se irá delegar ou não a prestação do serviço público.

No que diz respeito à prestação de serviço público de energia elétrica a Constituição Federal em seu artigo 21<sup>278</sup> estabelece que:

Art. 21. Compete à União:  
(...)  
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)  
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Nesse sentido, relata Tavares<sup>279</sup> que:

---

<sup>278</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

O inciso XII do artigo 21 da Carta Magna, portanto, possibilita à União explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água diretamente ou indiretamente, neste caso, mediante autorização, concessão ou permissão. O fato de tal dispositivo não exigir expressamente o instituto da licitação é o que permite, por exemplo, que a outorga de exploração de Pequenas Centrais Hidrelétricas se dê por critérios outros que não a licitação.

Para o caso dos serviços públicos relacionados à energia elétrica, compete à União prestá-los direta ou indiretamente, neste último caso, sob os regimes de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação.

No caso da concessão de prestação de serviço público de energia elétrica, nem sempre será necessário processo licitatório quando falamos em pequenas explorações de hidrelétrica, ocasião em que a autorização, concessão ou permissão pelo Poder Concedente se faz suficiente, vez que em sua maioria se tratam de Produtores Independentes ou Auto Produtores de energia elétrica.<sup>280</sup>

O processo licitatório, no entanto, decidido pelo Poder Concedente se mostra necessário principalmente pelo fato da energia se tratar de um bem essencial à sociedade, que não pode ser tratado como uma mercadoria disponibilizada tão somente àqueles que podem pagar por esse serviço, ou seja, em um ambiente livre de mercado, razão pela qual é importante a

---

<sup>279</sup> TAVARES, Wagner Marques. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2010. p. 5.

<sup>280</sup> **Autoprodutor de energia elétrica** - É a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo. Comercializador - É a pessoa jurídica especialmente constituída para exercer a atividade de comercialização de energia elétrica, que compreende a compra e a venda de energia elétrica para concessionários, autorizados ou a consumidores que tenham livre opção de escolha do fornecedor, regulamentado pela Resolução nº 265 de 13 de agosto de 1998. Concessionária de Serviço Público (ou Permissionária) - Agente Titular de Serviço Público Federal delegado pelo Poder Concedente mediante Licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de Empresas para exploração e prestação de serviços públicos de energia elétrica, regulamentado pela Lei 8987 de 13 de fevereiro de 1995. **Produtor Independente de Energia Elétrica** - PIE - É a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebem 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. (grifo nosso) AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: [http://www.aneel.gov.br/area.cfm?id\_area=41] Acesso em 23 out. 2014.

*“regulação do Estado, a fim de evitar que critérios puramente econômico privem as pessoas do acesso a um serviço básico e essencial”.*<sup>281</sup>

Vale mencionar que a energia além de ser negociada no mercado livre, a própria ANEEL é competente para promover processos licitatórios para atendimento ao mercado. Nesse sentido afirma Guimarães que:

Verifica-se do processo histórico brasileiro de exploração da eletricidade que o modelo de desenvolvimento que se delineou ainda na década de 30 tinha o Estado como ator fundamental. Durante as décadas subsequentes, foi-se consolidando um modelo financeiramente autossustentável de investimentos públicos no setor elétrico, com a participação de empresas estatais. No entanto, em razão de uma conjuntura global marcada pela dificuldade na obtenção de financiamentos externos para a construção de usinas, o modelo estatal desenvolvimentista não pode ter continuidade, instituindo-se a lógica do livre mercado. É de se notar que a escolha política por esse novo modelo foi planejada, não se tratando, portanto, de movimento natural e evolutivo do mercado de eletricidade para o mercado livre, como defendem alguns. Com efeito, o que vigora hoje no Brasil é um modelo misto de mercado e regulação, pois uma parte da energia elétrica gerada e livremente negociada, e uma outra parte é regulada pelo Estado, através do MME e da ANEEL.<sup>282</sup>

A crítica de Guimarães é em relação à classificação da energia elétrica como um bem social em que todos deveriam ter acesso. Isso porque, como visto acima, para o autor, o fato da energia elétrica ser negociada como uma mercadoria, dificulta o acesso dos menos favoráveis. Trata-se de uma análise social do setor elétrico, o que não será objeto da presente pesquisa.

Em análise à Lei nº 8.987/1995, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, verifica-se que o art. 2º, inciso I, considera como poder concedente *“a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução*

---

<sup>281</sup> GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Op. cit. pp. 240 e 241.

<sup>282</sup> *Ibidem.* p. 241.



de obra pública, objeto de concessão ou permissão”<sup>283</sup>; e como concessão de serviço público:

[...] a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.<sup>284</sup>

Assim, a delegação por parte do Poder Concedente, ou seja, da Administração Pública Direta da prestação de serviço público, deve ser realizada por meio de licitação, como visto anteriormente, sendo que o próprio inciso XV, do art. 3º da Lei nº 9.427/1996 reafirma a necessidade do ato licitatório por parte da ANEEL para atender a demanda do mercado.

No que diz respeito aos contratos de concessão de energia elétrica, referidos contratos são regulados pela ANEEL.<sup>285</sup> A ANEEL não só exerce o papel regulador e fiscalizador, mas tem como missão, como visto anteriormente, “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade”.

Quando se fala em equilíbrio entre os agentes, logo se é levado a pensar nos contratos firmados com as concessionárias de energia elétrica, assim como, quando se fala em benefício à sociedade, não se pode afastar o compromisso da ANEEL e do Estado em tomar decisões baseadas no

---

<sup>283</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Senado, 1995.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> (...) A ANEEL tem como atribuições a regulação e fiscalização da geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica. Atende reclamações de agentes e consumidores com equilíbrio entre as partes e em benefício da sociedade, e promove a mediação de conflitos de interesses entre agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores. Também concede, permite e autoriza instalações e serviços de energia, garante tarifas justas, além de zelar pela qualidade do serviço, exigir investimentos, estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços. (BAGNOLI, Vicente. Op. cit. p. 73)

favorecimento da sociedade, com a manutenção do equilíbrio econômico do mercado de energia.

Voltando ao exemplo da prorrogação dos contratos de concessões, referidos contratos estavam previstos para vencerem em 2015 e 2017, no entanto, sob alegação de redução tarifária, o governo decidiu por prorrogar as atuais concessões por mais 30 anos, nos termos da Lei nº 12.783/2013, deixando assim de realizar o processo licitatório.

O artigo 1º da Lei nº 12.783/2013, estabelece que os contratos de concessão de energia elétrica previstos para vencerem em 2015, poderão ser prorrogados a critério do Poder Concedente.<sup>286</sup>

Assim, a lei estabeleceu que ficará a cargo do Poder Concedente a prorrogação ou não dos contratos de concessão de energia elétrica, ocasião em que deverá estabelecer critérios para a prorrogação dos referidos contratos de forma a manter o equilíbrio entre os interesses do mercado de energia e dos usuários de tais serviços.

Quanto ao procedimento adotado pelo Poder Executivo para a prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica, houve a publicação da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012 (“MP 579/2012”), que foi devidamente convertida na Lei nº 12.783/2013.

Para o Poder Concedente a prorrogação das concessões seria a única forma de reduzir as tarifas e conseqüentemente beneficiar a sociedade com a redução das tarifas de energia elétrica, seja para os consumidores finais, seja para as indústrias, razão pela qual se decidiu pela prorrogação.

---

<sup>286</sup> “Art. 1º A partir de 12 de setembro de 2012, as concessões de geração de energia hidrelétrica alcançadas pelo art. 19 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, poderão ser prorrogadas, a critério do poder concedente, uma única vez, pelo prazo de até 30 (trinta) anos, de forma a assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária.”

A Lei nº 12.783/2013 transformou o direito à prorrogação em faculdade do Poder Concedente, exercido mediante a adesão por parte da concessionária ao novo modelo regulatório e tarifário.

Em análise ao dispositivo constitucional, seria possível considerar que a prorrogação dos contratos de concessão por meio da Lei nº 12.783/2013 observou os ditames estabelecidos na Constituição, já que por meio de lei prorrogou os contratos de concessão de energia elétrica.

Dessa forma, não seria atribuição da ANEEL manter ou não o contrato das atuais geradoras, distribuidoras e transmissoras de energia elétrica, mas sim incumbência do Poder Concedente.

É o Poder Concedente que possui competência com base em seu plano de outorgas e diretrizes aprovadas, de decidir ou não pela realização do procedimento licitatório ou da prorrogação dos contratos existentes, conforme ocorre no caso das atuais concessões.

No caso em questão, não teria a ANEEL a responsabilidade de decidir pela licitação ou prorrogação dos referidos contratos.

Apesar de a ANEEL exercer o papel de ente regulador, a Administração Pública direta, exerce o papel de Poder Concedente, cabendo a ele decidir por licitar ou não licitar.

Nesse caso, nota-se que a ANEEL, como agente regulador, atuará tão somente na promoção do ato licitatório e não em decidir se esse ocorrerá de fato ou não, sendo esse o papel do Poder Concedente.

Em relação à atribuição de licitar, como visto anteriormente, a licitação será realizada por meio de edital e precede o contrato administrativo que será celebrado entre o Poder Concedente e a concessionária, permissionária ou

autorizada, sendo que o fato de existir o ato licitatório não vincula o Poder Concedente a celebração do contrato, mas se o celebrar, deverá fazê-lo com o vencedor do ato licitatório.<sup>287</sup>

De fato existe uma fragilidade quanto à atribuição conferida à ANEEL pela Lei nº 9.427/96, visto que atribui a ANEEL a promoção dos atos licitatórios, inclusive, no que diz respeito ao atendimento das necessidades do mercado, no entanto, isso só ocorrerá se existir o interesse do Poder Concedente na realização do ato, não sendo de responsabilidade da ANEEL a decisão de realizá-lo ou não.

No caso em questão, utilizado como exemplo para entender a forma que a ANEEL atua no que diz respeito aos processos licitatórios, é fácil perceber que o agente regulador não possui qualquer responsabilidade nesse sentido, cabendo-lhe somente a organização do processo licitatório para atendimento do interesse público.

Diante do exposto, entende-se que a atribuição conferida à ANEEL de promover processos licitatórios para atender a demanda do mercado, lhe confere poderes somente na promoção dos atos e não se confunde com a competência exercida pela Administração Pública Direta quanto à decisão de licitar ou não licitar.

Ainda, nesse sentido, vale mencionar que as concessionárias, permissionárias ou autorizadas prestadoras de serviço público possuem, também, competência para a geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica, como forma de atender o mercado.

---

<sup>287</sup> Meirelles, Hely Lopes. Op Cit. p. 273.

A criação dessas concessões, incluindo, a figura do Produtor Independente foi justamente para atender o mercado e evitar uma crise e um racionamento de energia na década de 90.<sup>288</sup>

Nesse sentido relatam Souza, Venâncio e Resende que:

A Lei nº 10.848/2004, em seu art. 2º, estabeleceu que 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 mediante contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR, celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição (o "pool").<sup>289</sup>

As concessionárias, autorizadas e permissionárias de energia elétrica também foram criadas para atender a totalidade do mercado, o que dificulta o entendimento quanto à atribuição da ANEEL de promover processos licitatórios com a mesma finalidade.

---

<sup>288</sup> “Já o período de maior reforma no setor ocorreu na década de 1990, atingindo o aspecto tarifário e o processo de desestatização da energia elétrica no país. **Neste período, o setor mostrava suas contradições e novas necessidades, relacionadas com uma grande demanda energética, que se não fosse gerada poderia atingir um pico de consumo, causando uma sobrecarga ou ‘apagão’.** Sendo assim, a saída encontrada pelo governo federal foi a reforma do Setor Elétrico Brasileiro em 1993, com a promulgação da Lei n.º 8.631, que “... extinguiu a equalização tarifária vigente e criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores, e foi marcada pela promulgação da Lei n.º 9.074, de 1995, que criou o Produtor Independente de Energia e o conceito de **Consumidor Livre**” (CCEE, 2011).

Logo em seguida, em 1996, foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia. A principal conclusão do projeto foi a necessidade de implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, sob regulação do Estado.

Outras mudanças foram implantadas com o objetivo de organizar o mercado e a estrutura da matriz energética brasileira, com destaque para a criação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos em 1997 e do Mercado Atacadista de Energia (MAE) e o Operador Nacional do Sistema (ONS) em 1998.

Entre 2003 e 2004, o Governo Federal deu mais alguns importantes passos no sentido de tornar menos vulnerável o setor elétrico nacional. Foi criada a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) para planejar o setor elétrico a longo prazo, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), responsável por avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica do país, e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no lugar do antigo Mercado Atacadista de Energia (MAE), para organizar as atividades de comercialização de energia no sistema interligado.” (grifo nosso) (SOUZA, Andréia Alves; VENÂNCIO, Juliette Brito; RESENDE, Keile Vieira. Controle patrimonial nas empresas do setor elétrico brasileiro: a nova configuração. RAGC, v. 1, n. 1, 2013.)

<sup>289</sup> PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de Energia Elétrica Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado. São Paulo: Escola Superior de Advocacia, 2009. p. 7.

A ANEEL, como ente regulador, fiscalizador possui autoridade superior às concessionárias, autorizadas e permissionárias, no entanto, inicialmente, é possível notar um conflito de atribuição estabelecido entre a Lei nº 9.427/96 e a Lei nº 10.848/2004<sup>290</sup>, visto que ambas as leis tratam de competências similares no que diz respeito ao atendimento do mercado de energia elétrica.

A ideia da Lei nº 10.848/2006, além da reestruturação do setor elétrico, era aumentar os níveis de geração de energia elétrica, a concorrência entre as concessionárias com a consequente modicidade tarifária<sup>291</sup>, sem talvez se preocupar com a atribuição já estabelecida à ANEEL.

As concessões de serviço público, assim como as permissões e autorizações, têm por objetivo justamente atender ao mercado do setor, sendo no caso em questão, o mercado de energia elétrica.

Tanto as concessões, quanto às permissões e autorizações, apesar de serem prestadas em sua maioria por empresas privadas, acabam se vinculando ao Estado em razão de um contrato administrativo de prestação de serviço público, sendo essa uma forma de controle do próprio Estado em relação aos serviços prestados.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> “Art. 2º 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, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:

I - mecanismos de incentivo à contratação que favoreça a modicidade tarifária;

II - garantias;

III - prazos de antecedência de contratação e de sua vigência;

IV - mecanismos para cumprimento do disposto no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, acrescido por esta Lei;

V - condições e limites para repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais;

VI - mecanismos para a aplicação do disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, por descumprimento do previsto neste artigo.” (BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Brasília, DF: Senado, 2004.)

<sup>291</sup> PIMENTA, loc. cit. p. 8.

<sup>292</sup> Nesse sentido, vale mencionar o texto relatado por Baer e McDonald que: “A Lei das Concessões prevê que a empresa vencedora da concessão tem a obrigação de prestar

Por mais que a função dessas concessões seja atender ao mercado de energia, é incumbência da ANEEL como ente regulador fiscalizar e controlar as atividades exercidas pelos entes regulados, razão pela qual não poderiam as concessionárias por livre vontade comercializar no setor seguindo suas próprias regras, pelo contrário, existem regras estabelecidas pela CCEE de comercialização de energia que devem ser observadas por todas as empresas prestadoras de serviço de energia elétrica, independente de sua natureza jurídica.

Assim, não estaria a ANEEL, sujeita às condições das concessionárias, permissionárias ou autorizadas, mas pelo contrário, essas estão sujeitas ao controle e determinações da ANEEL.

Ao tratar da questão de atendimento ao mercado por meio de processo licitatório, apesar de o legislador ordinário não ter estabelecido as condições exatas da referida atribuição, seja na Lei nº 9.427/96, seja na Lei nº 10.848/2004, inicialmente, entende-se que em relação às concessões, permissões e autorizações, estas deverão atender a totalidade do mercado, por meio de licitação, assim como, a ANEEL por meio de processo licitatório deverá atender a demanda do mercado de energia.

Muito possivelmente o legislador buscou ampliar o acesso à energia e a modicidade tarifária, seja pelos meios licitatórios da ANEEL, seja pelas concessionárias e permissionárias e pelas autorizadas. Isso porque, é possível

---

serviços adequados, além de aperfeiçoar a tecnologia à medida que a demanda aumenta. Além disso, a lei contém quatro disposições importantes: i) todas as concessões são outorgadas por um período de tempo fixo, ao final do qual haverá uma concorrência aberta por uma nova concessão; ii) não haverá quaisquer subsídios governamentais; iii) o usuário participará da supervisão dos serviços; e iv) na outorga de novas concessões não haverá qualquer garantia de remuneração fixa com base nos custos totais.” (BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o cauto poiso do setor de energia elétrica. Planejamento e Políticas Públicas, n. 16, 2009.)

a comercialização de energia no mercado denominado “spot” ou livre, tudo de forma a evitar um racionamento de energia ou até mesmo a falta dela em determinadas regiões:

No modelo atual do Setor Elétrico Brasileiro, os consumidores livres contratam energia junto a geradores ou comercializadoras e pagam pelo acesso à rede por meio de uma tarifa de uso, informalmente conhecida como "pedágio". **A maior parte dos consumidores paga o acesso à rede diretamente ao agente de distribuição local, mas os consumidores conectados em tensões de 230 mil volts ou superiores pagam o acesso à rede aos agentes de transmissão. Os consumidores cativos continuam a existir e são aqueles não qualificados para a migração para o mercado livre, ou então aqueles consumidores qualificados, mas que ainda não efetivaram a migração.** Este último caso ocorre basicamente por três razões: (a) contratos cativos ainda não vencidos; (b) falta de conhecimento da existência do mercado livre ou; (c) falta de viabilidade em se migrar para a modalidade livre. (grifo nosso)<sup>293</sup>

Dessa forma, tanto o modelo ACR quanto o modelo ACL são para garantir o acesso à energia e buscam diminuir os custos do setor chegando-se a modicidade tarifária, tendo em vista a energia ser considerada um bem de interesse coletivo.<sup>294</sup>

Se for considerado o modelo regulado, ou seja, a negociação feita por meio de leilões, busca-se a menor tarifa e a baixa dos custos com aquisição de energia, no entanto, se considerarmos o mercado dos micro empresários, ou seja, o ambiente livre, o custo de energia reduz e facilita o atendimento total do mercado de energia.<sup>295</sup>

<sup>293</sup> DE ALMEIDA, Álvaro Augusto. O Livre Mercado de Energia Elétrica Brasileiro—Parte I.

<sup>294</sup> DE SOUZA, Carlos Eduardo L.; FERNANDES, Thelma Sp; AOKI, Alexandre R. Metodologia para gestão de compra de energia elétrica via método dos pontos interiores. p. 1004.

<sup>295</sup> “A fim de criar condições favoráveis para atrair os investimentos, segmentou-se o Setor Elétrico em dois ambientes, do ponto de vista de comercialização de energia: o primeiro, denominado Ambiente de Contratação Regulada (ACR), que abrange todo o consumo cativo; e o segundo, chamado Ambiente de Contratação Livre (ACL), que representa a parcela do consumo dos consumidores livres.

**Em termos de modicidade tarifária, o modelo prevê a compra de energia elétrica pelas distribuidoras no ambiente regulado por meio de leilões, observando o critério de menor tarifa, objetivando a redução do custo de aquisição da energia elétrica pelos consumidores cativos. Assim, a forma de contratação de energia no ACR é basicamente através de leilões regulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e**



Considerando que a legislação ordinária não foi clara o bastante para estabelecer, direcionar e demonstrar os seus objetivos sobre certas atribuições conferidas à ANEEL, o que pode gerar conflito de competência entre entidade reguladora e também entes regulados, cabendo a análise individual de cada caso.

Por mais que a Lei nº 10.848/2004 tenha estabelecido às concessionárias, permissionárias e autorizadas a atribuição de atender a totalidade do mercado, por meio de ato licitatório, esse deverá ser conduzido direta ou indiretamente pela ANEEL, o que acaba por demonstrar um acúmulo de funções, sendo que na realidade caberá às distribuidoras contratarem a energia necessária e que esta seja suficiente para atender o mercado.<sup>296</sup>

Nesse sentido, caberá à ANEEL regular esse Ambiente de Contratação Regulada, que envolve todos os consumidores cativos e os distribuidores,

---

**executados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), salvo a opção de contratação de geração distribuída. Portanto, a única forma das Distribuidoras garantirem o atendimento à totalidade de seu mercado é mediante contratação regulada (LEI Nº 10.848, de 15 de março de 2004 e DECRETO Nº 5.163 de 30 de julho de 2004) e através de Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR).**

Além disso, as empresas distribuidoras de energia elétrica estão sujeitas aos riscos referentes ao repasse de preço e montante de energia adquirida para revenda aos consumidores, pois esse novo modelo determina a obrigatoriedade de contratação de 100% do mercado para atendimento do mercado cativo, bem como limites para o repasse de preço. Ou seja, as distribuidoras não podem repassar integralmente o custo da energia adquirida no curto prazo e correm risco de pagar multas elevadas caso não tenham energia contratada suficiente para atendimento a todos os seus consumidores.

O novo modelo atribui, ainda, às distribuidoras, a responsabilidade pela previsão de seu mercado, bem como a estratégia mais adequada para a realização da contratação da energia elétrica necessária para o atendimento dos seus consumidores. Assim, se a distribuidora errar a previsão de seu mercado ou o montante que deve ser contratado acima dos limites admissíveis pelo atual modelo, ficando na condição de sobrecontratada, a mesma é penalizada, pois perde a possibilidade de ter repasse integral dos custos de aquisição da energia excedente. Por outro lado, se o erro na previsão e nas contratações, deixá-la subcontratada, além do possível prejuízo devido ao não repasse integral dos custos da energia adquirida no mercado de curto prazo, a mesma é penalizada através do pagamento de uma multa por cada MW não contratado, de acordo com as Regras de Comercialização (LEI Nº 10.848). (grifo nosso) (DE SOUZA, Carlos Eduardo L.; FERNANDES, Thelma Sp; AOKI, Alexandre R. Op. cit. pp. 1004 e 1005.)

<sup>296</sup> DA SILVA, Christiano Vieira. Contratação de Energia Elétrica: Aspectos Regulatórios e Econômicos. CEP, v. 70830, p. 030, 2011. p. 4.

cujas compras de energia são realizadas sempre por meio de processo licitatório, seguindo o critério de menor tarifa.<sup>297</sup>

Dessa forma, por mais que o artigo 11 do Decreto nº 5.163/2004 e o artigo 2º da Lei nº 10.848/2004 determinem que as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional (SIN) devem garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, por meio de licitação, fica implícita a responsabilidade dessas quanto à compra de energia via licitação, na modalidade leilão, em quantidade suficiente, sendo todo processo regulado e fiscalizado pela ANEEL.<sup>298</sup>

Nesse sentido relata Leite que:

O critério de menor tarifa, utilizado para definir os vencedores de um leilão, está previsto no inciso VII do art. 20 do Decreto nº 5.163/2004. Após os leilões, são assinados os Contratos de Comercialização de Energia Elétrica em Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre os vencedores e as distribuidoras que declararam necessidade de compra para o ano de início de suprimento da energia contratada no leilão.

O estabelecimento da contratação conjunta por todos os distribuidores, na forma de um pool, permite, em tese, a apropriação na tarifa de economias de escala na compra de energia.

Resumidamente, os agentes de geração candidatos à construção de novos parques geradores devem participar de leilões apresentando propostas de venda de sua energia elétrica, competindo por contratos de compra de energia pelas concessionárias distribuidoras. Nesses leilões, denominados leilões de energia nova, destinados precipuamente ao atendimento do mercado regulado, sagram-se vencedores os empreendedores que ofertarem o menor preço por Mega-Watt hora para atendimento da demanda prevista pelas distribuidoras. Ademais, os geradores podem ainda contratar direta e livremente com consumidores livres. Neste particular, os contratos são livremente negociados, restando aos contratantes a liberdade de definições de preços, prazos e quantidades.<sup>299</sup>

Dessa forma, verifica-se que enquanto a competência da ANEEL, em relação à realização de procedimento licitatório para atendimento ao mercado,

---

<sup>297</sup> LEITE, Alexandre Carlos. Assimetria de informação, competição e leilões de energia. República Federativa do Brasil, p. 18.

<sup>298</sup> LEITE, Alexandre Carlos. Op. cit.. p.18.

<sup>299</sup> *Ibidem*.

deveria estar limitada ao procedimento em si e à fiscalização deste, a competência das concessionárias, permissionárias e autorizadas está relacionada à compra de energia suficiente para atender ao setor.

Entretanto, nenhuma das duas leis é clara e expressa quanto aos limites estabelecidos para essa atribuição, o que acaba por gerar conflitos quanto a esses limites e conceitos.

### **5.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS ENTES REGULADOS**

Outra atribuição da ANEEL estabelecida pela Lei nº 9.427/96 é a possibilidade de “*dirimir as divergências no âmbito administrativo entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores*”, nos termos do art. 3º, inciso V.<sup>300</sup>

Nesse sentido, conforme visto anteriormente, a ANEEL assim como as demais agências reguladoras é ente autônomo e independente, que possui também como função dirimir os assuntos relacionados ao setor regulado, decidindo, inclusive, sobre esses atos e possíveis divergências que possam vir a existir, exercendo assim a sua autonomia julgadora.

Cumprido esclarecer que o poder julgador da ANEEL está limitado aos assuntos técnicos do setor elétrico, sendo que a constitucionalidade dos atos por ela praticados não está isenta da análise do Poder Judiciário, como analisado no capítulo 2 dessa pesquisa.

---

<sup>300</sup> BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

Assim, o que se discute não é o questionamento quanto ao papel julgador da ANEEL, mas sim os meios utilizados pela agência na solução dos conflitos de forma a entender os limites dessa atribuição, bem como a força das decisões da ANEEL para dirimir os conflitos existentes já que a Lei nº 9.427/96 lhe concedeu essa atribuição.

Muitos países estão adotando uma forma alternativa de resolução de conflitos, com a finalidade de evitar o Poder Judiciário e, por conseguinte, conflitos que podem gerar o término de relações comerciais, bem como para tratar questões específicas e técnicas, como é o caso da mediação e da arbitragem.<sup>301</sup>

No que diz respeito à mediação, referido processo não é procedimento obrigatório estabelecido pela ANEEL, pelo contrário, trata-se de uma manifestação de vontade das partes, sendo prerrogativa dessas solucionar o conflito com a intermediação da ANEEL, razão pela qual se faz necessária a cooperação das partes para a solução do conflito.<sup>302</sup>

As partes em um processo de mediação devem ter interesse em solucionar o conflito existente ou a mediação se torna um processo ineficaz. A mediação busca um equilíbrio na relação existente, de forma que uma parte

---

<sup>301</sup> “*To deal with conflicts, many countries have made use of the Alternative Dispute Resolution (ADR) as a mean offered to opponent parts in their attempt to meet conciliatory solution of their divergences. The benefits of this practice has been recognized in many countries where it has been adopted. Economic agents have great interest in avoiding exposition of their conflicts in the media since it may cause relevant damage to their image in the way as they are seen by their customers. The judicial court, as well, has been avoided by firms and consumers due to the long time spent until a solution is reached, which is, in most cases, worthless, even to the winner part. Another factor in favor of ADR is that it minimizes the risk of reaching a rupture in the necessary fair and long-term relationship between economic agents among themselves and with their customers. Such a rupture is always unwelcome and can be avoided if the dispute resolution is reached by the alternative via.*” (E SILVA, João Odilon Freitas; FORRER, John. *The Role of the Brazilian Electricity Regulatory Agency–ANEEL on the Alternative Dispute Resolution*. 1999. pp. 3 e 4.)

<sup>302</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guiia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guiia_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

não tenha vantagem sobre a outra, pelo contrário, a mediação busca satisfazer o interesse de ambas as partes.

A ANEEL esclarece, ainda, que:

Importante frisar que o mediador não tem os poderes de um árbitro e tampouco os de um juiz, pois a mediação não constitui uma instância decisória. Cabe ao mediador identificar a origem e os desdobramentos do impasse, elaborar uma agenda de reflexão sobre possíveis alternativas e facilitar a comunicação entre as partes na busca por uma solução que contemple os interesses de ambas.<sup>303</sup>

A mediação trata-se de um mecanismo de auto composição, ocasião em que se elege um terceiro imparcial como mediador, auxiliando as partes a solucionar o conflito existente, sendo que as partes não são obrigadas a seguir a orientação do mediador, visto que esse exerce o papel de auxiliador na solução do conflito não podendo impor uma solução.<sup>304</sup>

Assim, o papel exercido pela ANEEL como mediador tem por finalidade evitar o Judiciário e diminuir a quantidade de conflitos que podem ser facilmente solucionados com a intermediação do ente regulador, desde que haja cooperação entre as partes.

Se as partes de fato estiverem interessadas em solucionar o conflito, a ANEEL poderá auxiliá-las da melhor forma possível, de forma imparcial, com o objetivo de cumprir sempre a sua missão como agente regulador, ou seja, mantendo o equilíbrio na relação dos entes regulados.

O procedimento de mediação pela ANEEL obedece aos seguintes trâmites<sup>305</sup>:

---

<sup>303</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_gui\\_a\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_gui_a_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

(i) Com o surgimento da controvérsia e a provocação de uma das partes, o pedido de mediação é encaminhado à Superintendência de Mediação Administrativa e Setorial – SMA/ANEEL;

(ii) A SMA/ANEEL avaliará se o pedido de fato pode ser discutido por meio de mediação e se há concordância de ambas as partes para a instauração do procedimento;

(iii) Havendo a concordância de ambas as partes instaura-se um Processo Administrativo, podendo, se for o caso, dependendo da complexidade do fato, ouvir outras Superintendências;

(iv) Realizam-se reuniões com as partes, sendo que a primeira reunião costuma ser realizada apenas com a parte suscitante para se colocar a par dos fatos, acontecimentos, conceitos, etc.;

(v) Depois realizam-se reuniões com a outra parte; e

(vi) Por fim, nas reuniões conjuntas as partes terão a oportunidade de discutir para se chegar em um consenso. Assim como o mediador orientará as partes para a solução do conflito, que poderá ser aplicada ou não.

Quanto à possibilidade de recusa das partes das orientações do mediador, entende a ANEEL que:

Há casos, porém, em que a postura das partes ou as circunstâncias do caso concreto impedem que a demanda encontre solução no espaço da mediação. **Em situações tais, é encerrado o processo administrativo no âmbito da ANEEL, restando às partes buscar a solução da controvérsia de outras formas. Embora vise facilitar a negociação e o acordo entre as partes, a atuação da Agência tem de ser pautada pela imparcialidade nos procedimentos de mediação, como forma de garantir a neutralidade (equidistância) [sic.] nas suas relações com os consumidores, agentes do setor elétrico e, inclusive, com o governo.** (grifo nosso)<sup>306</sup>

---

<sup>306</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guiia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guiia_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

Tanto a mediação quanto à arbitragem são formas de resolução de conflito que iniciam a partir de uma negociação entre as partes para se chegar a um consenso.

No caso da mediação o processo é até mais simples, uma vez que a decisão do mediador, que na verdade deve ser considerada uma orientação não é compulsória, sendo que se as partes não estiverem de acordo em seguir com essa orientação, poderão tomar as medidas que entenderem cabíveis para tanto.

A mediação é uma forma de se negociar muito similar à conciliação, visto que não existe um litígio contencioso de fato, mas sim uma divergência de entendimento entre as partes que buscam evitar esse litígio, só que diferente de uma negociação comum existe um mediador que irá intermediar essa negociação, se inteirar sobre o negócio envolvido e a divergência existente, para que conseqüentemente possa sugerir as partes uma solução para o conflito.<sup>307</sup>

Nesse sentido relatam Silva e Forrer que:

*There is a fundamental difference, however, between the forms of alternative dispute resolution which goes from negotiation through arbitration levels. Negotiation is the first step of the attempt to resolve the conflict. It is held without a third part intervention. Conciliation is the case where a neutral third part promotes the resolution by stimulating a negotiation. The conciliator, in this case, helps the parties on reaching a consensus, offering suggestions for a possible agreement.*

**Mediation is similar to conciliation, but is characterized by a different level of third party interference.** Here, the neutral party is intended to assist the opponents in settling their disputes by bringing them into agreement through his intermediation. **The mediator is limited to help on the analysis of the issues presented by the parties and also on the better understanding of each ones position about the conflict. His main role is to raise arguments and to control the quality and the effectiveness of the discussions.** The mediator is expected to make sure that all aspects of the divergence are focused. After the conclusion of the discussion by the parties, the mediator may, at this point, make a suggestion for

---

<sup>307</sup> E SILVA, João Odilon Freitas; FORRER, John. Op. cit. p. 15.

*an agreement. This process takes place when the negotiation and conciliation steps didn't succeed.*<sup>308</sup>

Já no caso da arbitragem o processo é um pouco diferente e o custo envolvido é maior que no caso de uma mediação. Ademais, a decisão de um árbitro possui a mesma força de uma decisão judicial e as partes terão que acatar a decisão proferida.

No que diz respeito à arbitragem, essa passou a ser adotada no Brasil com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, ocasião em que estabelece o seu art. 3º que “*As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral*”.<sup>309</sup>

De acordo com a referida lei, o juízo arbitral é instituído quando as partes ao se depararem com uma controvérsia relacionada a direitos patrimoniais disponíveis, escolhem um terceiro que não tenha interesse na causa para analisar, avaliar e decidir as questões de fato e de direito.<sup>310</sup>

O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, nos termos do art. 13, da Lei nº 9.307/96, e, no caso de uma arbitragem

---

<sup>308</sup> “Há uma diferença fundamental, no entanto, entre as formas de resolução alternativa de litígios, que vai da negociação para os níveis de arbitragem. Negociação é o primeiro passo da tentativa para se resolver o conflito. É realizada sem intervenção de terceiro. A conciliação é o caso onde uma terceira parte neutra promove a resolução do conflito estimulando uma negociação. O conciliador, neste caso, ajuda as partes a chegar a um consenso, oferecendo sugestões para um possível acordo.

Mediação é semelhante à conciliação, mas é caracterizada por um nível diferente de interferência de terceiros. Aqui, o terceiro neutro destina-se a ajudar os adversários na resolução de seus litígios, trazendo-os para acordo através de sua intermediação. O mediador é limitado a ajudar na análise das questões apresentadas pelas partes e também sobre a melhor compreensão da posição de cada um sobre o conflito. Seu principal papel é levantar argumentos e controlar a qualidade e a eficácia das discussões. Espera-se do mediador que esse se certifique e se concentre nos aspectos de divergência. Após a conclusão da discussão pelas partes, o mediador pode, neste ponto, fazer uma sugestão para um acordo. Este processo ocorre quando as etapas de negociação e conciliação não tiveram sucesso.” (E SILVA, João Odilon Freitas; FORRER, John. Op. cit. p. 15.)

<sup>309</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

<sup>310</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guiia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guiia_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.



nacional, a sua sentença não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18).<sup>311</sup>

As partes costumam escolher árbitros que possuam conhecimento técnico da questão envolvida, de forma que a decisão proferida venha a ter coerência, por essa razão a arbitragem vem sendo considerada em determinados setores, ou seja, trata-se de uma garantia de que quem está analisando e decidirá a controvérsia possui o conhecimento técnico sobre o assunto, o que não acontece muitas vezes quando se recorre ao Poder Judiciário.

Assim, o procedimento arbitral também se trata de uma prerrogativa das partes em estabelecer no contrato, como forma de solução de controvérsias, outro ponto que lhe difere do Judiciário, já que o acesso ao Poder Judiciário é de todos, desde que haja lesão ou ameaça ao direito.

Nesse sentido relata Andrade que:

**A natureza consensual da arbitragem restringe a jurisdição dos árbitros às questões contempladas pelo acordo de vontades das partes contratantes.** Diferentemente do processo judicial, onde a jurisdição do Poder Judiciário é compulsória e se impõe independentemente de qualquer ato de aquiescência dos interessados, na arbitragem a jurisdição do tribunal arbitral está diretamente vinculada à intenção da parte em submeter a esse mecanismo de solução de controvérsias. Assim, **para que o tribunal arbitral estabeleça a sua jurisdição é necessário determinar a abrangência do consentimento da parte, a fim de verificar se ela, efetivamente concordou em submeter determinada matéria ao procedimento arbitral.** Note-se que essa atividade não se limita apenas a definir quais partes estão vinculadas à arbitragem. Como se sabe, **mesmo que elas tenham acordado em submeter certos litígios à arbitragem, isso não significa que toda e qualquer disputa existente entre elas se insere, necessariamente, no escopo da cláusula arbitral. Sendo a arbitragem um mecanismo contratual, os poderes dos árbitros derivam e são limitados pela manifestação da vontade das partes, que deve ser apurada para se conhecer os exatos limites da jurisdição dos árbitros.** Por tal razão, e.g., os tribunais arbitrais devem se recusar a unificar temas que as partes, inequivocamente, pretenderam manter separados,

---

<sup>311</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

mediante a escolha de outros mecanismos de composição de controvérsias. (grifo nosso)<sup>312</sup>

No Brasil o procedimento arbitral ainda está se fortificando e não se trata de uma prática usual levar determinados casos ao juízo arbitral, tendo em vista os custos relacionados ao processo.

Em relação aos custos, esses se equiparam aos custos de um procedimento cível, se for levado em consideração o tema e os valores em discussão. No entanto, esse custo no procedimento cível, até mesmo em razão da morosidade, trata-se de um custo em longo prazo, diferente do procedimento arbitral em que o desembolso do custo é imediato ou em curto prazo.

No que diz respeito à utilização da arbitragem pelo setor elétrico, a Lei nº 10.848/2004, que instituiu novas regras de comercialização e criou a CCEE estabeleceu também a arbitragem como forma de solução de conflitos do setor elétrico.<sup>313</sup>

Estabelece o art. 4º da referida lei que as regras para a resolução de eventuais conflitos com os agentes integrantes da CCEE estarão contidas na convenção de comercialização e no estatuto social da CCEE e para tanto será utilizada a arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96.<sup>314</sup>

Nesse sentido, vale mencionar que:

Para pôr fim a uma controvérsia doutrinária e jurisprudencial, que, por longo tempo, colocou em xeque a eficácia da arbitragem envolvendo o Estado e as suas instrumentalidades, a Lei, de modo meramente expletivo, declara autorizadas a participar do processo de arbitragem as empresas públicas, as sociedades de economia mistas, suas subsidiárias e controladas, e os titulares de concessão, permissão e autorização, afirmando serem disponíveis os direitos

---

<sup>312</sup> DE ANDRADE, Gustavo Fernandes. Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 236 e 237.

<sup>313</sup> *Ibidem*. p. 229.

<sup>314</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

relativos a “créditos e débitos decorrentes de operações realizadas no âmbito da CCEE”.<sup>315</sup>

Mesmo no caso das concessões, autorizações e permissões de prestação de serviços públicos de energia elétrica se aplicam as regras previstas na lei de arbitragem, não existindo restrição nesse sentido.

Um dos questionamentos quanto ao uso da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública é em razão do princípio da legalidade. Isso porque estabelece o princípio da legalidade que a Administração Pública só pode praticar atos e condutas que estiverem estabelecidos em lei<sup>316</sup>, sendo que no caso em questão, não estaria previsto na lei de forma expressa que os contratos celebrados com a Administração Pública estariam sujeitos à arbitragem.

Nesse sentido afirma Tiburcio que:

**Parte da doutrina entende que a arbitragem não pode ser estabelecida pela Administração Pública sem fundamento legal, por imposição do princípio da legalidade. Há alguns autores, porém, que defendem a possibilidade de clausular-se arbitragem nos contratos administrativos em geral (de forma mais ou menos ampla).** Na verdade, há três posições sobre a matéria, que podem ser sistematizadas da seguinte forma:

(a) Uma corrente sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, caput, da Lei nº 8.666/93, que dispõe serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos, in verbis: —Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

(b) Outra corrente extrai de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações – como a Lei de concessões de serviços públicos, já referida (Lei nº 8.987/95, art. 23, XV) – uma autorização generalizada para que a arbitragem seja adotada em qualquer circunstância.

(c) Por fim, há ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do

<sup>315</sup> DE ANDRADE, Gustavo Fernandes. Op. cit. pp. 230 e 231.

<sup>316</sup> TIBURCIO, Carmem. A arbitragem envolvendo a administração pública. RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, n. 18, 2011. p.2.

art. 173, § 1º, da Constituição de 1988, no qual se prevê que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado. (grifo nosso)<sup>317</sup>

Dessa forma, existem argumentos que defendem a aplicação da arbitragem e outros que entendem que não seria aplicável para os contratos celebrados pela Administração Pública.

No caso do setor elétrico, a Lei nº 10.848/2004 é clara ao estabelecer em seu art. 4º a aplicação do juízo arbitral no caso de divergência entre os integrantes da CCEE, o que inclui as concessões, autorizações e permissões prestadoras do serviço de energia elétrica vinculadas a CCEE.<sup>318</sup>

Entretanto, cumpre mencionar, que estarão sujeitas ao juízo arbitral apenas as controvérsias dos entes integrantes da CCEE, controvérsias que não envolvam a ANEEL, nem assuntos bilaterais que tenham sido negociados fora do ambiente regulado.<sup>319</sup>

Ainda nesse sentido, no próprio sítio da ANEEL é possível verificar a adoção da arbitragem para resolução de conflitos:

Conflitos relacionados às transações financeiras dos agentes participantes da Câmara de Comercialização de Energia (CCEE) poderão ser resolvidos por árbitros independentes, segundo prevê Convenção Arbitral homologada esta semana pela diretoria da Aneel. Aprovado em 2005, em Assembléia [sic.]-Geral Extraordinária da Câmara, o mecanismo será aplicado por solicitação de qualquer empresa registrada na CCEE, com a finalidade de solucionar discordâncias em relação a direitos patrimoniais disponíveis, nas operações de compra e venda de energia elétrica no ambiente regulado.

**A Convenção Arbitral da CCEE passa a integrar a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, o que torna obrigatória a adesão de todos os agentes participantes.** Aproximadamente 600

<sup>317</sup> TIBURCIO, Carmem. Op. cit. pp. 4 e 5.

<sup>318</sup> Além disso, relata De Andrade que: “No plano da regulamentação das referidas normas legislativas, o Decreto nº 5.163, de 30.07.04 (o denominado decreto de comercialização), estabeleceu ao disciplinar a comercialização de energia elétrica no *ambiente de contratação regulada*, que, dos contratos firmados nesse regime, constaria cláusula arbitral, redigida de acordo com as normas da Lei nº 10.848 e da respectiva Convenção de Comercialização. De igual modo o Decreto nº 5.177, de 12.08.04, ao dispor sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da CCEE, determinou que a Convenção de Comercialização, deveria instituir uma Convenção Arbitral.” (DE ANDRADE, Gustavo Fernandes. Op. cit. pp. 230 e 231.)

<sup>319</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/boletim281.htm>>. Acesso em: 23 out. 2014.

novas empresas que se filiaram à entidade a partir de janeiro de 2005 já manifestaram concordância em relação à adoção do mecanismo arbitral.

**Pelas regras da Convenção, poderão ser submetidas ao juízo arbitral controvérsias entre agentes ou dos agentes com a Câmara de Comercialização que não envolvam assuntos de competência direta da Aneel. Temas submetidos à análise da Agência, que já tenham esgotado todas as instâncias administrativas de recurso no órgão regulador, também poderão ser levados à arbitragem independente.**

Todos os casos previstos serão julgados por um ou mais juízes indicados pela Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas. O resultado da arbitragem terá força de decisão judicial, e seu descumprimento resultará em multa diária de 0,1% sobre os valores financeiros envolvidos. O processo de mediação será suspenso se houver acordo entre as partes.

**O mecanismo arbitral não é aplicável aos conflitos entre empresas reguladas e a Aneel, assim como às divergências que envolvam exclusivamente os agentes, em contratos bilaterais negociados fora do ambiente regulado da CCEE.**” (grifo nosso)<sup>320</sup>

Além da mediação e da arbitragem, a ANEEL no exercício de suas funções também profere decisões em processos administrativos que são acompanhados internamente pela ANEEL e suas Superintendências.

Referidos processos versam sobre possíveis sanções, fiscalizações e até mesmo autuações que surgem contra os entes regulados, sendo que nesse caso, cabe à ANEEL a condução do processo e a decisão no âmbito administrativo.

Nesse sentido relembra Lessa em seu estudo sobre o que pensam os juízes em relação às decisões da ANEEL, que:

Tais peculiaridades envolvem a competência regulatória de determinados setores, poderes de intervenção no domínio econômico, o que envolve poderes regulamentares, poderes de polícia para fiscalizar as atividades econômicas privadas dos setores regulados e ainda, para arbitrar litígios entre poder concedente — o Estado, a Administração Pública — e empresas concessionárias — empresas que detém a concessão do serviço público —, bem como entre tais empresas e os consumidores — ou usuários.<sup>321</sup>

<sup>320</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/boletim281.htm>>. Acesso em: 23 out. 2014.

<sup>321</sup> LESSA, Isabelle de Lima. Como os juízes pensam? Estudo empírico sobre o reconhecimento das decisões administrativas da Aneel envolvendo relações de consumo no Juizado Especial Cível do Estado do Rio de Janeiro. Coleção Jovem Jurista, v. 22250, p. 165, 2011.

Assim, verifica-se que a ANEEL possui sim o poder de deliberar sobre questões que envolvam os entes regulados, os usuários dos serviços de energia elétrica e, inclusive, questões que envolvam a Administração Pública.

A questão é que essa atribuição conferida à ANEEL também foi concedida a outro órgão da Administração Pública, ou seja, ao Poder Judiciário<sup>322</sup>, o que dificulta entender até que ponto a ANEEL pode decidir de uma forma e até que ponto o Poder Judiciário poderá interferir na decisão proferida pela ANEEL.

As decisões da ANEEL apesar de válidas e legais, não estão isentas da revisão do Judiciário quanto ao que não lhe é discricionário.<sup>323</sup> Os atos administrativos motivados, também estaria isentos de alteração no que diz respeito ao seu mérito.

A discricionariedade de uma decisão administrativa está relacionada ao binômio conveniência e oportunidade, ocasião em que o Administrador Público decide de acordo com o interesse público e com base em seus valores e princípios<sup>324</sup> e quando não discricionários os atos da Administração Pública indireta devem ser motivados e de acordo com o previsto em lei.

---

<sup>322</sup> A Autora em seu artigo aborda, inclusive os questionamentos feitos pelo Judiciário em relação às decisões proferidas pela ANEEL, sendo que não faria sentido ser atribuída uma função para a ANEEL que entrasse em conflito com o Poder Judiciário. “Hoje, como afirma Abramovay e Terrazas, é mais comum observar, por exemplo, o debate sobre a constitucionalidade das leis já promulgadas, do que a avaliação dos problemas de um projeto de lei que poderiam contrariar o texto constitucional caso fosse aprovado. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa. Do mesmo modo, vem ocorrendo com as decisões expedidas pelas Agências Reguladoras brasileiras que cada dia mais são alvos de debate no Judiciário, guardando a este último, sempre a decisão final. Nesse sentido, Abramovay e Terrazas apontam — remontando os ensinamentos de Robert Alexy — o grande papel que vem sendo entregue ao Judiciário hoje.” (LESSA, Isabelle de Lima. Op. cit. pp. 179 e 180.)

<sup>323</sup> *Ibidem*.

<sup>324</sup> “Como se vê, pelos dois pilares que sustentam a discricionariedade (conveniência e oportunidade), cunhada em outro arranjo constitucional e histórico do direito administrativo, o Administrador Público, de acordo com a sua exclusiva compreensão de realidade dos fatos, e, notadamente com seus próprios valores, passou a escolher a solução que entendia ser cabível

O mérito de uma decisão administrativa, conforme é adotado pelo direito positivo brasileiro está relacionado à análise de dois elementos o motivo e o objeto<sup>325</sup>:

Os elementos do ato (competência, finalidade e forma) aparecerão sempre vinculados e os dois outros (motivo e objeto), alternativamente vinculados ou discricionários, um ou outro. Essa concepção do mérito acabaria por identificar a noção de oportunidade e conveniência com a da legalidade, destruindo exatamente aquilo que serve como divisor para campos independentes e permitindo indébita intervenção do Judiciário no aspecto político-discricionário do ato.

Se por um lado a Administração Pública tem a liberalidade de decidir com base na oportunidade e conveniência, não poderia uma decisão administrativa basear-se em seu livre arbítrio e ser proferida de forma abusiva causando insegurança jurídica aos administrados?

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal estabelece o princípio da inafastabilidade, ou seja, não pode a lei excluir do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.<sup>326</sup>

Assim, por mais que a ANEEL seja competente para dirimir questões do setor elétrico, suas decisões não estão afastadas da reanálise do Judiciário.

Entretanto, o Judiciário não reanalisa todas e quaisquer questões relacionadas às decisões da ANEEL visto que como explicado anteriormente e como assevera Lessa “*A Administração direta ou indireta possui um núcleo de competências discricionárias, sobre as quais pode exercer um juízo de*

---

para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado. Nesse sentido, o mérito está adstrito à valorização administrativa mediante parâmetros não positivos, (oportunidade e conveniência), que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstituconais.” (GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade Administrativa—Críticas e Propostas*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede), 2010. p. 10.)

<sup>325</sup> *Ibidem*.

<sup>326</sup> LESSA, Isabelle de Lima. Op. cit. pp. 179 e 180.

*conveniência e oportunidade, e sobre o qual o Poder Judiciário não possui competência revisora.*<sup>327</sup>

O Poder Judiciário poderia sim reanalisar decisões proferidas pela ANEEL, no entanto, desde que essas decisões afetem a legislação aplicável ou que sejam inconstitucionais ou, ainda, possuam nulidades processuais, caso contrário, as agências estão aptas a emitir suas decisões e dirimir questões relacionadas ao setor.

Nesse sentido afirma Aguiar Filho que:

**Desse sistema, decorre o controle judicial dos atos da administração pública, de natureza externa, através do qual o Poder Judiciário, mediante provocação e, portanto, agindo “a posteriori”, controla a legalidade dos atos administrativos.**

Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário pode rever, nos limites do aspecto legal, os atos já examinados, via controle interno ou mesmo do controle externo exercido pelo Poder Legislativo ou pelo Tribunal de Contas. Estão sujeitos ao controle judicial os atos administrativos comuns, já que as leis e os atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias, etc) ficam sujeitos ao controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade. No primeiro caso o Judiciário, ao invalidar o ato, declara sua nulidade; no segundo caso declara a sua inconstitucionalidade.

Assim, a jurisdição é una. Significa dizer que não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrado.<sup>328</sup>

Uma vez provocado o Poder Judiciário deve sim rever atos da Administração Pública indireta, como forma de controlar a legalidade e constitucionalidade dos atos praticados.

No entanto, os assuntos relacionados ao setor elétrico são de competência da ANEEL e devem ser analisados pela agência e suas decisões

---

<sup>327</sup> “Sendo assim, Poder Judiciário não tem competência revisora sobre o exercício da competência discricionária da Administração, isto é, conforme lembra Sérgio Guerra, “desde que exercida nos limites da atribuição que lhe tenha sido legalmente atribuída e respeitados os princípios constitucionais regedores da atividade administrativa”. Segundo ele, essa a diferença intrínseca no papel desempenhado pelo Judiciário, o qual considera, em suas razões de decidir, unicamente questões jurídicas, de legalidade, constitucionalidade.” (LESSA, Isabelle de Lima. Op. cit. p.185.)

<sup>328</sup> AGUIAR FILHO, Jorge Roberto Vieira. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. p. 5.



caracterizam atos administrativos que podem ser discricionários ou vinculados, o que dificulta a compreensão quanto ao limite de atuação da ANEEL e o limite de atuação do Poder Judiciário.

A atuação do Poder Judiciário em relação aos casos relacionados ao setor elétrico nem sempre é fundada tão somente às questões legais e nulidades processuais das decisões da ANEEL.

Em alguns casos o Judiciário acaba interferindo e proferindo decisões sobre aspectos técnicos que seriam de discricionariedade da ANEEL, com base na proteção de direitos difusos e nos princípios constitucionais e administrativos.

Misse em seu artigo sobre a “Judicialização da Política e Razão Pública: Os Limites da Discricionariedade Técnica das Agências Reguladoras”<sup>329</sup>, menciona um caso julgado pelo Poder Judiciário demonstrando exatamente essa interferência quanto às questões técnicas de responsabilidade da agência:

O outro caso que estudamos concerne à medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 2009.34.00.014231-9, junto à 9ª Vara do Tribunal Regional Federal do Distrito Federal, que modificou ato da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) referente à fixação de reajuste tarifário. Ou seja, trata-se de caso inverso ao da ANATEL discutido anteriormente.

O Juiz Federal Alaôr Piacini concedeu uma liminar em Mandado de Segurança impetrado pela Companhia Energética do Pernambuco (Celpe), ocasionando um aumento tarifário médio de 6,45%. Uma decisão da ANEEL anterior ao julgamento aprovou uma redução média de 1,08% nas tarifas, porém anulada pela liminar. A decisão determinou que fossem considerados, no cálculo da revisão, os componentes financeiros relativos da primeira revisão tarifária da distribuidora, ocorrido em 2005, e o passivo da revisão tarifária extraordinária de 2004, que somam R\$ 197,7 milhões e não tinham sido levados em conta anteriormente.

Com a decisão judicial, os consumidores residenciais terão um reajuste de 3,64% e para as indústrias o efeito médio a ser percebido

---

<sup>329</sup> MISSE, Daniel Ganem. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RAZÃO PÚBLICA: OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

será de 11,46%. Anteriormente, os valores da revisão tarifária eram de -4,42% para as residências e 4,86% para as indústrias.

O diretor-presidente da ANEEL, Nelson Hubner, destacou que a ANEEL realizou audiências públicas para balizar o processo de revisão. “Achamos que a posição mais correta da agência era evitar esse impacto financeiro sobre a tarifa da Celpe e deixar para considerar esses componentes financeiros em outros reajustes tarifários”, explicou.

A decisão proferida pelo juiz da 9ª Vara do Tribunal Regional Federal do Distrito Federal versa a respeito da revisão de tarifa, questão essa de competência da ANEEL, já que a Lei nº 9.427/96 atribui à ANEEL a competência de fixação das tarifas do setor (art. 3º, incisos XI, XVIII, XX e XXI).

Nesse caso, via de regra, não poderia o Poder Judiciário decidir quanto à redução ou não da tarifa, mas tão somente analisar a legalidade e a constitucionalidade do ato praticado pela ANEEL.

Por outro lado, a revisão de tarifa, poderia se dizer necessária por ocasionar prejuízo ou desvantagem à CELPE e, portanto, aos usuários de energia elétrica, o que justificaria a interferência do Judiciário em razão da lesão ou ameaça de lesão ao direito.<sup>330</sup>

Não resta dúvida da necessidade de revisão pelo Judiciário dos atos da Administração Pública com o objetivo de dar maior segurança jurídica aos entes regulados, no entanto, isso conseqüentemente pode interferir nos atos técnicos de discricionariedade das agências reguladoras.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> Misse relata, ainda, em seu artigo os argumentos utilizados pelo desembargador para a concessão da liminar: “A Diretoria da ANEEL sem maiores fundamentos rompe com a segurança jurídica das relações público/privado. Por fim, não se pode, com fundamento em interesse público local, de forma unilateral romper-se com ato jurídico perfeito e a segurança jurídica das relações público/privado.

Em nome da segurança jurídica não se pode deixar de cumprir o que foi estabelecido na Resolução Homologatória nº 112/2005, modificada pela Resolução Homologatória ANEEL nº 642/2008.

Portanto, a última parcela da Revisão Tarifária de 2004, deve ser inserida no total dos componentes financeiros reconhecidos para a Segunda Revisão Tarifária da Impetrante.” MISSE, Daniel Ganem. p. 2.208.

<sup>331</sup> Portanto, percebendo os destinatários dos atos emitidos pelos agentes administrativos, que aqueles possuem vícios, seja de forma ou vícios relacionados aos

As decisões proferidas em âmbito administrativo também estão passíveis de abuso e arbitrariedade indo de encontro aos princípios constitucionais e administrativos, visto que a discricionariedade dos atos e mesmo os atos vinculados possuem um conceito amplo e que dificulta a sua classificação e delimitação.

Relatam Andrade e De Alencar Chavier que o fato das agências reguladoras possuírem a discricionariedade da prática de diversos atos, isso não as isentam de observar os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis. Nesse sentido:

Assim, podemos aferir que ao se permitir certa margem de discricionariedade na atuação das agências reguladoras não significa que estamos admitindo a prática de atitudes abusivas que se configurem desvio de finalidade ou abuso de poder. Embora elas possuam certa autonomia para decidir e utilizar-se de seu poder normativo, não quer dizer que seus dirigentes possam extrapolar os limites do interesse público delineados no ordenamento jurídico, assim como os objetivos fixados nas leis que as instituíram.<sup>332</sup>

Inclusive, no que diz respeito à revisão de tarifa, os autores entendem que se trata sim de um assunto cabível de análise do Judiciário, justamente pelo fato de que o ato praticado pela ANEEL extrapola os limites e atribuições a ela concedidos:

---

**motivos que determinam a sua edição, podem aqueles procurar o Judiciário para que este realize a revisão dos citados atos, analisando se os mesmos preenchem os requisitos de legalidade e se estão de acordo com o que preceitua o sistema normativo.**

Assim, o Poder Judiciário deverá conferir se os atos administrativos estão de acordo com os requisitos de legalidade, ou seja, se os requisitos legais mínimos exigidos pela lei, para a edição de determinado ato estão presentes. Além disso, o Judiciário poderá também averiguar, não a conveniência e oportunidade do mérito administrativo, assunto este que diz respeito apenas ao Poder Executivo, mas também se os motivos que ensejaram a decisão em editar determinado ato são condizentes com os limites impostos pelo ordenamento jurídico (Constituição e leis instituidoras das próprias agências) e se buscam satisfazer ao interesse público e aos objetivos traçados para a atuação dos referidos entes reguladores. Desta forma, podemos afirmar que é papel do Judiciário verificar não só a presença de requisitos formais dos atos emanados das agências reguladoras, mas também é papel daquele perquirir se tais atos foram editados dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico como um todo e dos objetivos traçados para a atuação das mencionadas agências<sup>24</sup>.” (grifo nosso) (ANDRADE, Maísa Medeiros Pacheco de; DE ALENCAR CHAVIER, Yanco Marcyus. Controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos destinados ao aumento dos preços da tarifa de energia elétrica. Direito e Liberdade, v. 8, n. 1, p. 401-412, 2008.)

<sup>332</sup> *Ibidem*.

**No que pertine à questão dos preços, não podemos admitir que as concessionárias de energia elétrica ajam como se possuíssem liberdade irrestrita para determinar o preço das tarifas e que as agências reguladoras, responsáveis em homologar tais reajustes atuem de encontro aos interesses da sociedade e em prol dos detentores de poder econômico, aceitando a cobrança de preços excessivos sem motivos que os justifiquem.**

Podemos então perceber diante de todo o exposto que caso sejam expedidos atos administrativos por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica, que objetivem o aumento dos preços das tarifas de energia elétrica sem motivo plausível que o justifique, estes atos poderão passar pelo crivo do poder Judiciário, devendo este analisar não apenas os requisitos de legalidade, mas também a consonância destes atos com os limites impostos pelo ordenamento jurídico como um todo.<sup>333</sup>

Entendem os autores que a discricionariedade dos agentes reguladores não autoriza que esses tenham condutas abusivas, desrespeitando a legislação infraconstitucional e constitucional, razão pela qual cabe ao Poder Judiciário analisar e controlar também essas condutas, evitando o excesso de poder por parte das agências e até mesmo o risco de captura pelos agentes regulados, que podem de certa forma interferir na autonomia e imparcialidade das agências.

Nesse sentido Aguiar Filho também demonstra a necessidade de análise de determinados atos administrativos pelo Poder Judiciário:

O caráter jurídico-normativo da discricionariedade administrativa não impede que ela seja apresentada como uma das expressões da autonomia do Poder Executivo, isto é, da margem de liberdade conferida por lei à Administração para, complementar o tipo aberto descrito na norma de competência, mediante o aditamento de pressupostos de fato aos que já se encontram contidos na hipótese normativa ou determinação de efeitos jurídicos para além dos parcialmente previstos no consequente [sic.] da norma. **E mais do que isso, a ser apontada como o núcleo da atividade administrativa, o que justifica a intervenção apenas parcial do Poder Judiciário na Administração Pública, no que concerne ao exame de certos elementos, os não completamente vinculados, dos atos administrativos.** (grifo nosso)<sup>334</sup>

<sup>333</sup> ANDRADE, Máisa Medeiros Pacheco de; DE ALENCAR CHAVIER, Yanco Marcyus. Op.cit. pp. 409 e 410.

<sup>334</sup> "Na verdade, não podem existir direitos fundamentais sem instrumentos processuais eficientes e juízes independentes para efetivá-los. Hoje, mais do que justificar e positivar os direitos fundamentais, é importante protegê-los. Assim, no Direito Administrativo moderno, e, portanto, segundo a concepção atual de Estado de Direito, o princípio da legalidade exprime,

Entretanto, o autor ressalta que essa intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos, como é o caso dos atos praticados pelas agências reguladoras como entes da Administração Pública indireta, deve ser parcial, ou seja, o Poder Judiciário também está limitado à análise das ilegalidades e possíveis nulidades processuais da decisão da ANEEL.

Ademais, vale mencionar que estabelece a teoria dos motivos determinantes que os atos administrativos quando motivados, ficam vinculados aos motivos a eles expostos, para todos e quaisquer efeitos jurídicos, visto que a motivação do ato é que determinam e justificam a sua realização, razão pela qual deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade<sup>335</sup>, o que afastaria, também, a sua revisão com a consequente alteração pelo Poder Judiciário.

Meirelles ressalta, ainda, que:

Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

A propósito dessa teoria, hoje corrente na prática administrativa dos povos cultos, o Prof. Francisco Campos assim se manifesta: "Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava". E, invocando a autoridade de Jèze, o publicista pátrio remata: "A teoria dos motivos determinantes me parece de irrecusável procedência quando estabelece que os atos do Governo, se a lei os legitima mediante certos motivos (atos vinculados) ou quando o próprio Governo,

---

não apenas um limite à atuação da Administração, mas, mais do que isso, o próprio fundamento jurídico de toda a atividade administrativa.

O princípio da legalidade da Administração, com esse entendimento, decorre do primado da lei e na generalidade dos Estados de sistema político de tipo ocidental, por se traduzir no primeiro princípio estruturador do Direito Administrativo, tem consagração constitucional, como acontece com o art. 266, da nossa Constituição." (AGUIAR FILHO, Jorge Roberto Vieira. O controle jurisdicional da Administração Pública. pp. 4-9)

<sup>335</sup> MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito administrativo brasileiro. Revista dos Tribunais, 1966. p. 177.

podendo praticá-los sem motivo declarado (atos discricionários), declara, entretanto, o motivo, não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo, que, de acordo com a lei, é necessário para legitimá-los, ou o motivo invocado ou declarado pelo Governo não contém a realidade ou se verifica improcedente por não coincidir com a situação de fato em que consistia o seu pressuposto".<sup>336</sup>

Apenas se justificaria a anulação de um ato administrativo pelo Poder Judiciário, se referido ato fosse ilegal e se os motivos pelos quais a Administração Pública utilizou-se em seu ato não estivessem de acordo com a realidade e com a lei que o motivou<sup>337</sup>, ocasião em que referido ato seria nulo.

Del Claro, por sua vez, entende que por mais que exista a separação entre os poderes, a discricionariedade dos atos da Administração Pública, em razão do interesse público, o controle do mérito do ato administrativo por parte do Poder Judiciário, não interfere no espaço e na competência da Administração, visto que no ordenamento jurídico brasileiro a jurisdição é uma e deveria estar interligada:

Assim, o controle do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) pelo Judiciário não interfere no espaço específico de atuação da Administração, considerando que cada poder estatal não é totalmente isolado, interligando-se em sistemas de controle, o que valoriza os princípios democráticos e promove o bem comum. Em que pese tal arrazoado, alguns autores defendem que a moralidade administrativa se liga a fator interno da Administração, devendo ser controlada exclusivamente em seu âmbito. Parece, venia concessa, superada a polêmica em face do artigo 5.º, inciso LXXIII, da Carta Política, que prevê o instrumento da ação popular

<sup>336</sup> MEIRELLES, Hely Lopes et al. Op. cit. p.177.

<sup>337</sup> A respeito da análise do ato administrativo pelo Poder Judiciário relata "Toda a doutrina brasileira defende que o controle exercido pelo Judiciário sobre o atuar do administrador público deve se pautar na Legalidade, isto é, só poderia imiscuir-se quando o ato fosse contrário à lei. Neste caso, anular-se-ia o ato, com eficácia **ex tunc** de forma a desfazer todos os efeitos criados pelo ato (ou norma), com vistas a retornar ao status a quo ante. Jamais, diz a doutrina, poderia avaliar critérios de conveniência ou oportunidade do ato para pretender desfazê-lo. Mas e se o administrador público, que atuou em conformidade com a Lei, sendo o ato, portanto, legal, pudesse alcançar o mesmo objetivo pretendido com menor desgaste ao administrado? Não caberia ao Judiciário revogar ato administrativo, pois o mérito administrativo é da observância única do administrador público. Ousamos discordar de tal orientação. Utilizamos por base o princípio da Necessidade, pelo qual, se for comprovado que o administrado em geral, deverá o Judiciário, em sendo provocado pelo Ministério Público, defensor dos interesses difusos e coletivos, revogar o ato." (CAMARGO, Sérgio Alexandre Cunha. A legitimação pragmática: os princípios vazios da igualdade, ponderação e razoabilidade. Revista da EMERJ, v. 12, n. 45, p. 204, 2009. p. 214.)

para casos que impliquem, também, ofensa à moralidade pública (moral, bons costumes, regras de boa administração, princípios de justiça, equidade [sic.], senso comum quanto à honestidade).<sup>338</sup>

A esse respeito entende Tácito que “*O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.*”<sup>339</sup>, ou seja, a motivação dos atos e decisões administrativas, mesmo em relação aos atos discricionários da Administração Pública, que por serem discricionários não necessariamente precisariam ser motivados, é importante para dar segurança à coletividade e legalidade às decisões proferidas.

Nesse caso, uma vez motivada<sup>340</sup> a decisão e conseqüentemente o ato administrativo, caberia tão somente ao Poder Judiciário a análise às questões processuais.

A decisão administrativa permanece podendo ser discricionária ou motivada, a alegação da arbitrariedade e do abuso do poder não poderá dar causa a sua inexistência ou aplicação, assim como caberá ao Judiciário quando provocado avaliar os elementos relacionados à essa decisão como explica Guerra<sup>341</sup>:

---

<sup>338</sup> DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. Revista dos Tribunais v. v. 680, p. 47-58, 1992. p. 174.

<sup>339</sup> TÁCITO, Caio. Princípio de Legalidade e poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, n. 227, p. 39-45, 2002. pp. 23 e 24.

<sup>340</sup> No que diz respeito à motivação, explica Tácito que: “A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado. E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle da legalidade avaliar se o nexo causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo. O conceito de legalidade pressupõe como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam razoáveis e o objeto do ato proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de competência.” (*Ibidem*, p. 24)

<sup>341</sup> GUERRA, Sérgio. Op. Cit. p. 20.

Por outro lado, não parece também ser suficiente o argumento de que, para o bem da sociedade e na tentativa de se evitar o arbítrio, por força da juridicidade decorrente do constitucionalismo atual, não mais deve ser possível a atuação administrativa sob o manto da discricionariedade. Em determinadas situações, o Administrador Público deverá atuar discricionariamente, porque a este compete o papel de decidir quando estiver diante de situações que comportam mais de um caminho – meio – para atingir-se o resultado esperado e voltado ao interesse público-fim.

A crítica, portanto, que se faz em relação à escolha discricionária – e seu correspondente instituto da discricionariedade administrativa – , é de que este, fundado no binômio “oportunidade e conveniência”, não mais se apresenta compatível com os casos complexos submetidos à regulação estatal, em que devem ser sopesados, para além do disposto em regras, os custos e benefícios para a solução de conflitos sociais distributivos.

Por isso insiste-se pela análise de cada caso e pela dificuldade em estabelecer limites na atuação das agências reguladoras, em específico da ANEEL no exercício de sua função julgadora.

Essa reanálise das decisões das agências reguladoras pelo Poder Judiciário não é uma prática isolada aplicada pelo Brasil, pelo contrário, trata-se de uma característica similar ao processo praticado nos Estados Unidos, conforme ensina Guerra:

Ao lado do controle adjetivo da regulação administrativa, o *due process of law* teve um importante papel nos Estados Unidos da América, com o controle do conteúdo das decisões emanadas da Administração Pública. A origem foi processual penal, passando, depois, para a esfera cível.

A garantia do devido processo legal espalhou-se pelos procedimentos administrativos e assumiu grande importância na área de regulação exercida pelas Agências Reguladoras, haja vista a competência destas entidades para disciplinar o exercício das liberdades mediante ponderação dos direitos individuais em harmonia com os interesses coletivos. O *due process of law* erigiu-se como limite do poder de polícia do Estado, em particular no campo regulatório que ocupou grande parcela da produção normativa estatal.<sup>342</sup>

Como o exercício das funções das agências reguladoras está diretamente relacionado com os interesses coletivos, a legislação americana

---

<sup>342</sup> GUERRA, Sergio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 21 – fevereiro/março/abril 2010, Salvador. ISSN 1981-1861. p.5.



entendeu como necessária a aplicação do princípio do devido processo legal (“*due process of law*”), da mesma forma esse princípio é aplicado no Brasil em conjunto com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Ainda em relação à regulação norte-americana, a Suprema Corte, com o fim de impedir arbitrariedades, estabeleceu que o princípio do devido processo legal tivesse por objetivo o controle da razoabilidade e da racionalidade dos atos estatais.<sup>343</sup>

Nesse sentido, verifica-se que no modelo americano o Judiciário também pode reanalisar as decisões das Agências Reguladoras, sem, no entanto, se ater às questões técnicas por essas decididas.

Assim denota Guerra que:

Quando um juiz decide modificar um ato administrativo de caráter geral, seja ele vinculado ou discricionário, exarado com o fim de apreciar um direito, individual ou coletivo, os efeitos desse ato, em regra, afetam os administrados envolvidos, ou seus impactos quase sempre são abrandados e diluídos na coletividade. Por outro lado, se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais—despido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio — esse magistrado, na maioria das vezes, poderá por uma decisão voltada a apenas um dos aspectos em questão, danificar a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado.<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup> “Mas foi com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que uniformizou-se o tratamento dispensado às Agências Reguladoras. Esse *act* definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do governo sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O *judicial review* funciona, assim, como uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (*adjudication making*) ou normativa (*rule making*).

Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contem na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito. [...]

Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências (*judicial deference*).” (GUERRA, Sergio. Op. cit. pp. 7 e 8.)

<sup>344</sup> GUERRA, Sergio. Op. cit. p. 10.

Dessa forma, é possível notar a dificuldade em se estabelecer e aplicar limites em relação ao poder decisório tanto da ANEEL quanto do Poder Judiciário. Trata-se de uma questão complexa e que demanda a análise de cada caso, possibilitando, mesmo assim, análises divergentes.

O que fica expresso que não pode ocorrer, mas não se trata de uma garantia, é o Poder Judiciário interferir e modificar decisões proferidas pela ANEEL que versem sobre questões técnicas que o Judiciário não tenha expertise, razão pela qual deve esse se ater às questões de cunho processual ou que de certa forma fira princípios constitucionais e administrativos, incluindo, o que diz respeito aos interesses coletivos.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho de pesquisa, foi possível concluir que a regulação no Brasil, apesar da tentativa de aproximação com o modelo norte americano, surgiu mais como uma forma de intervenção estatal, uma vez que o Estado diminuiu a sua participação na prestação de determinados serviços públicos e delegou a terceiros, sendo em sua maioria entes privados.

O objetivo não era apenas de mudança institucional, como as agências americanas que surgiram como forma de organização dos setores, mas também em razão das mudanças de ordem econômica da época, principalmente no que diz respeito à desestatização e às privatizações que ocorreram na década de 90, ocasião em que o Estado, que sempre manteve uma atuação intervencionista, criou as agências reguladoras para fiscalizar e regular os agentes prestadores de serviços.

Verificou-se, ainda, que as agências reguladoras são autarquias de regime especial, ou seja, que possuem uma autonomia além das autarquias comuns, já que possuem autonomia normativa; administrativa; fiscalizatória; sancionatória; julgadora; e financeira, apesar das agências, assim como a Administração Pública Direta, terem que observar os ditames previstos no ordenamento jurídico brasileiro e passar pelo controle de órgãos como o TCU, MP e Poder Judiciário, de forma que seus atos não excedam os limites a elas atribuídos.

Em relação ao setor elétrico e o conseqüente surgimento da ANEEL, foi possível verificar que inicialmente as empresas estrangeiras dominaram o setor elétrico, até a instituição do Código de Águas, que por possuir um ideal

nacionalista incentivou uma maior atuação do Estado no setor, passando a energia ser considerada um bem público.

Apesar da criação do Código de Águas, que não foi muito aceito pelas empresas que atuavam no setor, em razão de sua rigidez, inclusive, no que diz respeito à fixação das tarifas, o setor elétrico ainda não estava estruturado.

A intervenção do Estado não era eficiente e com a crise econômico-financeira do Estado, o setor de energia também acabou sendo em boa parte privatizado, de forma a fomentar a livre concorrência no setor.

Em razão das privatizações e com a finalidade de controlar o setor foi criada a ANEEL que tem como objetivo regular e fiscalizar o setor elétrico, mantendo um equilíbrio do mercado de energia, seja entre os entes regulados, seja entre os usuários de energia.

A ANEEL, assim como as demais agências reguladoras, possui autonomia normativa, administrativa, financeira, entre outras características analisadas com detalhe na presente pesquisa, no entanto, a ANEEL possui algumas atribuições que a diferenciam e permitem questionar os seus limites e a possibilidade de existência de conflito de competência.

Dessas atribuições, destacam-se as atribuições da ANEEL para agir como órgão de defesa da concorrência; de realizar licitações para atender ao mercado; e proferir decisões acerca das controvérsias existentes entre os entes regulados.

Em relação à defesa da concorrência, verifica-se que cabe ao CADE dirimir questões nesse sentido e da análise realizada, foi possível notar que apesar do CADE solicitar informações técnicas a ANEEL quando da análise de um ato de concentração, muitas vezes a opinião da agência reguladora sequer

é levada em consideração, não ficando muito clara a razão dessa atribuição à ANEEL.

Além disso, foi possível notar que o conceito de concorrência no ambiente regulatório difere-se do conceito de concorrência do CADE, posto que enquanto no ambiente regulatório está na preocupação em zelar pela concorrência e gerar um ambiente equilibrado no setor, já para os órgãos de defesa da concorrência esse conceito é muito mais amplo, sendo analisado o mercado como um todo e se o ato de concentração pode gerar ou não em prática anticompetitiva.

Quanto à atribuição da ANEEL em realizar atos licitatórios para atendimento ao mercado, verificou-se que na verdade a atribuição da ANEEL está relacionada aos procedimentos administrativos, ou seja, realização da licitação, por meio de publicação do edital e consequente celebração do contrato, cabendo ao Poder Concedente decidir quanto à necessidade de licitação ou não, ocasião em que se observou como exemplo o caso da prorrogação dos contratos das atuais concessionárias.

Ademais, foi possível notar que essa atribuição conferida pela Lei nº 9.427/96 à ANEEL também foi conferida às concessionárias, permissionárias e autorizadas prestadoras de serviço público pela Lei nº 10.848/2004, dificultando ainda mais a compreensão entre os limites dessa atribuição conferida à agência.

Ainda, assim, verificou-se que no caso das concessionárias, autorizadas e permissionárias, a atribuição de realização de licitação para atendimento ao mercado conferida pela Lei nº 10.848/2004, teve por objetivo, zelar pelo

cumprimento dos agentes econômicos das obrigações por esses assumidas quando de sua contratação.

Por fim, analisou-se a atuação da ANEEL para dirimir controvérsias entre os entes regulados e concluiu-se que apesar da competência do Poder Judiciário estar limitada às questões processuais e constitucionais relacionadas às decisões proferidas pela ANEEL, muitas vezes o Judiciário interfere sim, nessas decisões, sob alegação de que tais decisões acabam por envolver a coletividade, alterando, inclusive, decisões de caráter técnico, como é o caso de decisões relacionadas à fixação de tarifa.

Diante disso, verifica-se que das atribuições acima analisadas foi possível concluir que as limitações dessas atribuições e a própria competência da ANEEL não estão muito claras no ordenamento jurídico brasileiro e podem gerar sim conflito envolvendo a ANEEL e outros entes da Administração Pública indireta e até mesmo com a Administração Pública Direta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros e artigos:

AGUIAR FILHO, Jorge Roberto Vieira. O Controle Jurisdicional da Administração Pública.

ALMEIDA, Paula Joyce de Carvalho Andrade de. O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras. 2007. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviços Públicos. Novas Tendências. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2012.

ANDRADE, Maísa Medeiros Pacheco de; DE ALENCAR CHAVIER, Yanco Marcyus. Controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos destinados ao aumento dos preços da tarifa de energia elétrica. *Direito e Liberdade*, v. 8, n. 1, p. 401-412, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Editora Forense. Rio de Janeiro: 2006.

ARAUJO, Edmir Netto de. A aparente autonomia das Agências Reguladoras. MORAES, de Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

ARAÚJO, Marcos; CONCLUSÃO, Reguladoras. Agências reguladoras. Artigo do Centro de Estudos Jurídicos da Sociedade Justa Legem–CEJUSTA. Disponível em [[www. juxtalegem. com. br/artigos/Agencias\\_Reguladoras.php](http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Agencias_Reguladoras.php)], Acesso em 15 mai. 2014.

ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de; OLIVEIRA, Edson Luciani de. Leituras sobre o Atual Quadro das Agências Reguladoras no Brasil. Algumas Experiências Internacionais Comparativas para o Exame da Sustentabilidade Brasileira Indicada pela Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo, v. 263, p. 95-133, 2013.

BAER, Werner; MCDONALD, Curt. Um retorno ao passado? A privatização de empresas de serviços públicos no Brasil: o caso do setor de energia elétrica. Planejamento e Políticas Públicas, n. 16, 2009.

BAGNOLI, Vicente. Direito e Poder Econômico. Os Limites Jurídicos do Imperialismo frente aos Limites Econômicos da Soberania. Ri de Janeiro, 2009. Editora Elsevier.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. Volume 29. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.



BARROSO, Luis Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformação do Estado e Legitimidade Democrática*. SOUTO, Marcos Jurena Villela (Cord.). *REGULAÇÃO jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. MORAES, de Alexandre (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, Fevereiro/Março/Abril, 2005. Salvador, Bahia.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. São Paulo, Lua Nova Nº 61, 2004.

BINENBJM, Gustavo. *Agências Reguladoras independentes e democracia no Brasil*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* nº 3 – agosto/setembro/outubro de 2005. Salvador.

BRASIL, *REGULAÇÃO E. CONCORRÊNCIA NO; COMPLEMENTARIDADE, CONFLITOS E. COMPETÊNCIA NAS LEIS*. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU).

CORDOVIL, Leonor. Regulação e concorrência no setor elétrico: a parceria.  
LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II.  
Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 358-371.

CALLIARI, Marcelo. CIANFARANI, Joana. A Defesa da Concorrência no setor Elétrico. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 415-430.

CAMARGO, Sérgio Alexandre Cunha. A legitimação pragmática: os princípios vazios da igualdade, ponderação e razoabilidade. Revista da EMERJ, v. 12, n. 45, p. 204, 2009.

CIVIL, CASA. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2003.

DA SILVA, Christiano Vieira. Contratação de Energia Elétrica: Aspectos Regulatórios e Econômicos. CEP, v. 70830, p. 030, 2011.

DE ALMEIDA, Álvaro Augusto. O Livre Mercado de Energia Elétrica Brasileiro— Parte I.

DE ALMEIDA, Valdomiro José. Definição de mercados relevantes e medidas de concentração no setor elétrico: análise comparada da experiência brasileira. 2003. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Brasília, por intermédio do Centro de Estudos em Regulação de Mercados.

DE ANDRADE, Gustavo Fernandes. Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 236 e 237.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes; SOCIAL, Seguridade. Agências reguladoras e as suas características. 1999.

DE SOUZA, Carlos Eduardo L.; FERNANDES, Thelma Sp; AOKI, Alexandre R. Metodologia para gestão de compra de energia elétrica via método dos pontos interiores.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. Revista dos Tribunais v, v. 680, p. 47-58, 1992.

DONTAL, Patrícia Trindade. Definição de mercado relevante no setor elétrico e articulação entre a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2013. Dissertação apresentada ao Departamento de Economia da Universidade de Brasília.

E SILVA, João Odilon Freitas; FORRER, John. *The Role of the Brazilian Electricity Regulatory Agency–ANEEL on the Alternative Dispute Resolution*. 1999.

FACHIN, Roberto C. Reforma do Estado e Agências de regulação: O caso do Rio Grande do Sul. Trabalho apresentado no Seminário Internacional “Reestruturação e Reforma do Estado: Brasil e América Latina no Processo de Globalização” São Paulo, FEA/FIA/USP, 18-21 de maio 1998.

FERREIRA, Pedro Cavalcanti; MALLIAGROS, Thomas Georges. Investimentos, fontes de financiamento e evolução do setor de infra-estrutura no Brasil 1950-1996. FGV, 1999.

FIDALGO, Carolina Barros. O Controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. pp. 92 e 93.

FIGUEIREDO, Marcelo. As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa. Malheiros Editores, 2005.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 1959

GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. Tempo social, v. 15, n. 2, p. 219-235, 2003.

GOMES, Antônio Claret S. et al. O setor elétrico. BNDES. BNDES, v. 50, p. 1964-1973, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 12ª edição. São Paulo, Malheiros, 2007.

GUERRA, Sergio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 21 – fevereiro/março/abril 2010, Salvador. ISSN 1981-1861.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa–Críticas e Propostas. Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede), 2010.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Regulação da exploração da eletricidade: compatibilidade com as leis da natureza e com a ordem econômica constitucional. Curitiba: Ed. CRV, 2013. 305 p. ISBN 9788580426076.

JÚNIOR, FERRAZ; SAMPAIO, Tércio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. Revista tributária e de finanças públicas, v. 35.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. Revista de direito público da economia, 2003.

KOMATSU, Suely. A criação de um ambiente regulatório no Brasil: mecanismos de controle social e o processo de institucionalização das

agências reguladoras federais. 2004. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

LANDAU, Elena (Cord.). Concessões de Energia Elétrica: Prorrogar ou Licitar? In Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

LEITE, Alexandre Carlos. Assimetria de informação, competição e leilões de energia. República Federativa do Brasil, p. 15.

LESSA, Isabelle de Lima. Como os juízes pensam? Estudo empírico sobre o reconhecimento das decisões administrativas da Aneel envolvendo relações de consumo no Juizado Especial Cível do Estado do Rio de Janeiro. Coleção Jovem Jurista, v. 22250, p. 165, 2011.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Concessões de serviço público a equação econômico-financeira dos contratos. Editora Verbatim. São Paulo: 2011.

MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico Esquematizado. São Paulo, 2013. 2ª Edição. Editora Método.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo, 2009. 35ª Edição, Malheiros Editores.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito administrativo Brasileiro. Revista dos Tribunais, 1966.

MEIRELLES, Fernanda; e OLIVA, Rafael. Delegação e controle político das agências reguladoras no Brasil. Rev. Adm. Pública [online]. 2006, vol.40, n.4, pp. 545-565. ISSN 0034-7612.

MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. Agências reguladoras e o direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2002.

MISSE, Daniel Ganem. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RAZÃO PÚBLICA: OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MORAES, de Alexandre (Org.). Agências Reguladoras. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Del Rey Livraria & Editora, 2005.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. Editora Manole Ltda., 2003.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência. LANDAU, Elena (Coord.). Regulação Jurídica do Setor Elétrico. Tomo II. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011.

NUNES; RIBEIRO; PEIXOTO. Edson; Leandro Molhano; Vitor. Agências Reguladoras no Brasil. Observatório Universitário. Documento de Trabalho nº 65. Janeiro, 2007.

OLIVEIRA, Gesner. Regulação e defesa da concorrência: bases conceituais e aplicações do sistema de competências compartilhadas. 2005.

PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. Revista de Administração Pública, v. 40, n. 4, p. 523-543, 2006.

PIMENTA, André Patrus Ayres. Serviços de Energia Elétrica Explorados em Regime Jurídico de Direito Privado. São Paulo: Escola Superior de Advocacia, 2009.

PIRES, José Claudio Linhares. Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro. BNDES, Area de Planejamento, Departamento Econômico-DEPEC, 2000.



PRADO, Otávio. Agências reguladoras e transparência: a disponibilização de informações pela Aneel. *Revista de Administração Pública*, v. 40, n. 4, p. 631-646, 2006.

RAMOS, Murilo César. *Agências Reguladoras: a reconciliação com a política*. Latin American Studies Association, 2004.

ROSIM, Sidney Olivieri. *Geração de energia elétrica-Um enfoque histórico e institucional das questões comerciais no Brasil*. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ROTHENBERG, Lawrence S. *Regulation, organizations, and politics: Motor freight policy at the Interstate Commerce Commission*. University of Michigan Press, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. 239 p. ISBN 9788574208398.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência. A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

SANTANA JUNIOR, Sidney Custódio et al. *A importância do papel institucional de uma agência reguladora no desenvolvimento da indústria de energia elétrica*

no Brasil. 2012. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina.

SERAFIM, Lizandra. Controle Social nas Agências Reguladoras Brasileiras: Entre Projetos Políticos e Modelo Institucional. A ANEL nos Governos FHC e Lula (1995-2005). 2007. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). IFCH-UNICAMP, Campinas.

SILVA, Luciano Fernandes; CARVALHO, Luiz Marcelo de. A temática ambiental e o ensino de física na escola média: algumas possibilidades de desenvolver o tema produção de energia elétrica em larga escala em uma situação de ensino. Revista Brasileira de Ensino de Física, v. 24, n. 3, p. 342-352, 2002.

SOUZA, Andréia Alves; VENÂNCIO, Juliette Brito; RESENDE, Keile Vieira. Controle patrimonial nas empresas do setor elétrico brasileiro: a nova configuração. RAGC, v. 1, n. 1, 2013.

TÁCITO, Caio. Princípio de Legalidade e poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, n. 227, p. 39-45, 2002.

TAVARES, Wagner Marques. Aspectos legais e constitucionais acerca das concessões de energia elétrica a vencer em 2015. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2010.

TIBURCIO, Carmem. A arbitragem envolvendo a administração pública. RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, n. 18, 2011.

TURA, M. A. R.. A autonomia das agências reguladoras. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (Impresso), v. 33, p. 133-154, 2005.

VIEIRA, José Paulo. Energia elétrica como antimercadoria e sua metamorfose no Brasil: a reestruturação do setor e as revisões tarifárias. São Paulo, 2005. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós Graduação em Energia da Universidade de São Paulo.

**Legislação:**

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Senado, 1995.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado, 1996.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Brasília, DF: Senado, 2004.

BRASIL. Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF: Senado, 2011.

**Sítios:**

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/area.cfm?id\\_area=41](http://www.aneel.gov.br/area.cfm?id_area=41)>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=635&idPerfil=2>>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guia_mediacao_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=23>>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=5>>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=35>>. Acesso em 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. Disponível em:  
<<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=215>>. Acesso em 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:  
<[http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt\\_sem\\_341\\_2007\\_ap\\_001\\_2008.pdf](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2008/001/documento/nt_sem_341_2007_ap_001_2008.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. Disponível em:  
<[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder\\_guiia\\_mediacao\\_port.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/folder_guiia_mediacao_port.pdf)>.  
Acesso em: 23 out. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em  
<<http://www.aneel.gov.br/arquivos/pdf/boletim281.htm>>. Acesso em: 23 out.  
2014.

BONINI, Mario Roque. Setor Elétrico Brasileiro: o problema do prazo das concessões. Disponível em:  
<[http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201\\_Setor\\_Eletrico\\_Brasileiro.pdf](http://www.fundap.sp.gov.br/debatesfundap/pdf/conjuntura/Nota%201_Setor_Eletrico_Brasileiro.pdf)>. Acesso em: 15 mai. 2014.

Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – Razão de Ser. Disponível em: <[http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/quem-somos/razao-de-ser?\\_afzLoop=1797991869565000#%40%3F\\_afzLoop%3D1797991869565000%26\\_adf.ctrl-state%3Dgdhgzivp1\\_107](http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/quem-somos/razao-de-ser?_afzLoop=1797991869565000#%40%3F_afzLoop%3D1797991869565000%26_adf.ctrl-state%3Dgdhgzivp1_107)>. Acesso em: 23 out. 2014.

Empresa de Pesquisa Energética – Institucional. Disponível em <<http://www.epe.gov.br/acessoainformacao/Paginas/institucional.aspx>>. Acesso em: 23 out. 2014.

FIESP ataca CESP e CEMIG e elogia o pacote do governo. Disponível em: <<http://www.redenergia.com/noticias/fiesp-ataca-cesp-e-cemig-e-elogia-o-pacote-do-governo/>>. Acesso em: 23 out. 2014.

GREENPEACE – Disponível em < <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Blog/os-piores-acidentes-com-usinas-nucleares-e-su/blog/33736/>> Acesso em: 23 out. 2014.

MOTTA, P.. O controle de empresas estatais no Brasil. Revista de Administração Pública, Brasil, 14, mar. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7574/6089>>. Acesso em: 23 out. 2014.

INTOSAI - *International Organization of Supreme Audit Institutions*. Disponível em [<http://www.intosai.org/about-us.html>] Acesso em 23 out. 2014.

Projetos de Leis e outras Proposições – Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=248978>> Acesso em: 23 out. 2014.

Operador Nacional do Sistema Elétrico – Institucional Disponível em:  
<[http://www.ons.org.br/institucional/o\\_que\\_e\\_o\\_ons.aspx](http://www.ons.org.br/institucional/o_que_e_o_ons.aspx)>. Acesso em: 15 mai.  
2014.

O SETOR ELÉTRICO – Disponível em:  
<[http://www.osetoelettrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73\\_fasc\\_distribicao\\_cap1.pdf](http://www.osetoelettrico.com.br/web/documentos/fasciculos/Ed73_fasc_distribicao_cap1.pdf)> Acesso em: 23 out. 2014.

VENCIMENTO DAS CONCESSÕES DO SETOR ELÉTRICO. Disponível em:  
<[www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=21128](http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=21128)>. Acesso em: 23 out. 2014.

VIVAN, Alexei Macorin. A prorrogação dos contratos de concessão de energia elétrica. Disponível em: <<http://www.redenergia.com/imprensa/a-prorrogacao-dos-contratos-de-concessao-de-energia-eletrica-6/>>. Acesso em: 23 out. 2014.