

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**ROBERTO RAMOS BACELLAR**

**DIREITO DA ENERGIA E REGULAÇÃO: O SETOR ELÉTRICO SOB O ENFOQUE**  
**DO DIREITO ECONÔMICO**

**CURITIBA**  
**2018**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

ROBERTO RAMOS BACELLAR

**DIREITO DA ENERGIA E REGULAÇÃO: O SETOR ELÉTRICO SOB O ENFOQUE**  
**DO DIREITO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a aprovação no Mestrado em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

Linha de Pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet.

Curitiba

2018

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

B117d Bacellar, Roberto Ramos  
2018 Direito da energia e regulação: o setor elétrico sob o enfoque do direito econômico / Roberto Ramos Bacellar ; orientador: Luiz Alberto Blanchet. – 2018.  
147 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018

Bibliografia: f. 134-147

1. Direito econômico. 2. Energia elétrica. 3. Política pública.  
I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 341.378

**ROBERTO RAMOS BACELLAR**

**DIREITO DA ENERGIA E REGULAÇÃO: O SETOR ELÉTRICO SOB O ENFOQUE  
DO DIREITO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a aprovação no Mestrado em Direito.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Orientador: **Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet**  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

**Professora Doutora Adriana da Costa Ricardo Schier**  
UNIBRASIL

---

**Professora Doutora Angela Cassia Costaldello**  
Universidade Federal do Paraná

---

**Professor Doutor José Osório do Nascimento Neto**  
UNIBRASIL

**Curitiba 26 de março de 2018.**

## RESUMO

O direito da energia é exemplo claro das constantes transformações pelas quais passam o Estado, o Direito e as relações entre público e privado: desde seu início como serviços locais e restritos até a atual e complexa operação por um sistema interligado, o direito da energia evoluiu de modo a acompanhar essas transformações. O contexto atual é marcado pela presença do Estado regulador que, deixando de explorar diretamente determinadas atividades econômicas de interesse coletivo, passa a assumir o papel de gestor, descentralizando a função normativa e reguladora. Assim, passa a gerir atividades e exercer a regulação de forma especializada em cada um dos setores regulados, o que implica na pluralização do direito e descentralização do poder normativo, que passa a ser exercido por uma pluralidade de agentes, distintos do Estado. Diante das especificidades e peculiaridades do setor elétrico, diferentes agentes, públicos e privados, exercem regulação sobre as atividades desenvolvidas, desempenhando complexas funções e visando diferentes objetivos setoriais. A complexidade da regulação se reforça pela presença de diferentes regimes jurídicos a depender da atividade econômica desempenhada dentro da cadeia de produção da energia elétrica, que é caracterizada pela presença concomitante de atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos, prestados tanto por empresas estatais como privadas. A soma desses fatores indica a complexidade das relações estabelecidas no setor elétrico e, especialmente, das funções exercidas pelos reguladores que, para exercer adequadamente as funções regulatórias e atingir os objetivos setoriais traçados, já não encontram todas as respostas dentro do Direito, tornando-se necessário a adoção de mecanismos multidisciplinares que forneçam o instrumental teórico apto para analisar as situações da realidade e atender aos objetivos e funções da regulação. O objetivo deste trabalho é aplicar instrumentos do direito econômico e da análise econômica do direito para analisar e avaliar a regulação do setor elétrico, o atendimento aos objetivos setoriais e ao regime jurídico das atividades desenvolvidas. As constantes transformações do setor elétrico tornam inviável uma análise geral e irrestrita, razão pela qual, três temas receberam especial destaque por sua relevância e pela possibilidade de serem transformados pela regulação: as transações, os investimentos e os monopólios no setor elétrico. Conclui-se que a atuação dos agentes reguladores se mostra essencial em alguns aspectos desse setor econômico, gerando efeitos positivos ao permitir a operação integrada, ao reduzir custos de informação e monitoramento. Entretanto, ainda há casos de atos regulatórios que elevam custos, geram incerteza e induzem à ineficiência econômica. A adoção de instrumentos do direito econômico e análise econômica do direito é apta a conduzir os agentes reguladores a escolhas que gerem os efeitos esperados e atinjam os objetivos setoriais. A pesquisa é baseada nas normas incidentes, em revisão bibliográfica e análise de dados divulgados pelos agentes reguladores, utilizando-se de método dedutivo para analisar a regulação do setor elétrico sob o enfoque do direito econômico.

**Palavras chave:** direito econômico, regulação, análise econômica do direito, energia elétrica, políticas públicas.

## ABSTRACT

Energy Law is a clear example of the constant changes that State, law and public-private relations have undergone: from its inception as local and restricted services to the current and complex operation by a interconnected system, energy law follows these transformations. The current context is marked by the presence of the regulatory state, which renouncing to directly perform certain economic activities of collective interest, starts to assume the role of manager, decentralizing the normative and regulatory function. Thus, it starts to manage activities and exercise regulation in a specialized way in each of the regulated sectors, highlighting the plurality of law and decentralization of normative power, which is now exercised by a plurality of agents, distinct from the State. Given the specifics and peculiarities of the electric sector, different public and private agents exercise regulation on the activities developed, performing complex functions and aiming different sectoral objectives. The complexity of regulation is reinforced by the concomitant presence of different legal regimes depending on the economic activity performed within the electric power production chain, which is characterized by the concomitant presence of economic activities and public services provided by both state-owned enterprises and private companies. The sum of these factors indicates the complexity of the relations established in the electric sector and, especially, the functions performed by the regulators. In order to adequately exercise regulatory functions and achieve sectoral objectives, all the answers can no longer be found in the law, and it is necessary to adopt multidisciplinary mechanisms that provide the theoretical tools capable of analyzing the situations of reality and meeting the objectives and functions of regulation. The aim of this paper is to apply instruments of economic law and economic analysis of law is therefore adopted to analyze and evaluate the regulation of the electric sector, the fulfillment of the sectoral objectives and the legal regime of the activities carried out. The constant transformations of the electricity sector make a general and unrestricted analysis unfeasible. For this reason, three themes were especially highlighted by their relevance and the possibility of being transformed by regulation: transactions, investments and monopolies in the electric sector. The conclusion is that actions of regulatory agents is essential in some respects of this industry and generate positive effects by allowing integrated operation, reducing information and monitoring costs. However, there are still cases of regulatory acts that raise costs, generate uncertainty and induce economic inefficiency. The adoption of instruments of economic law and economic analysis of law is apt to lead regulators to choices that generate the expected effects and achieve the sectoral objectives. The research is based on the applicable norms, bibliographic review and analysis of data released by regulatory agents, using a deductive method to analyze the regulation of the electric sector under the focus of economic law.

**Keywords:** economic law, regulation, economic analysis of law, electrical energy, public policy.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL –	Ambiente de contratação livre.
ACR –	Ambiente de contratação regulada.
AED –	Análise Econômica do Direito.
Aneel –	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP –	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.
Bacen –	Banco Central do Brasil.
CCEE –	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.
CMO –	Custo Marginal de Operação.
CMSE –	Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico.
CNPE –	Conselho Nacional de Política Energética.
Copel –	Companhia Paranaense de Energia Elétrica.
EPE –	Empresa de Pesquisa Energética.
kW –	Quilowatts.
MAE –	Mercado Atacadista de Energia.
Mercosul –	Mercado Comum do Sul.
MME –	Ministério de Minas e Energia.
MW –	Megawatts.
ONS –	Operador Nacional do Sistema Elétrico.
PCH –	Pequena Central Hidrelétrica.
PMO –	Planejamento Mensal de Operação
SIN –	Sistema Interligado Nacional.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL .....</b>	<b>12</b>
2.1 DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO .....	12
2.2 EVOLUÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL .....	18
2.3 A CADEIA ECONÔMICA DA ENERGIA ELÉTRICA E AS PECULIARIDADES DO SETOR. ....	22
2.4 O ARRANJO INSTITUCIONAL DA ENERGIA NO BRASIL .....	27
<b>3. REGULAÇÃO: O ESTADO REGULADOR E O REGIME JURÍDICO DA ENERGIA ELÉTRICA.....</b>	<b>35</b>
3.1 ESTADO REGULADOR E PLURALISMO JURÍDICO .....	35
3.2 ATIVIDADES ECONÔMICAS E OS DIFERENTES REGIMES JURÍDICOS DO SETOR ELÉTRICO .....	50
<b>3.2.1 A energia elétrica entre atividades econômicas e serviços públicos .....</b>	<b>50</b>
<b>3.2.2 O regime jurídico das atividades da cadeia econômica da energia elétrica</b>	<b>63</b>
3.3 REGULAÇÃO, O PAPEL DO ESTADO E O CASO DO SETOR ELÉTRICO .....	76
<b>4. ASPECTOS ECONÔMICOS DA REGULAÇÃO NO SETOR ELÉTRICO.....</b>	<b>87</b>
4.1 O ENFOQUE ECONÔMICO: DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	87
4.2 TRANSAÇÕES, CUSTOS DE TRANSAÇÃO E INVESTIMENTOS NO SETOR .	102
4.3 OS MONOPÓLIOS E A LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO.....	116
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>134</b>



## 1. INTRODUÇÃO

A energia elétrica se mostra cada dia mais essencial ao desenvolvimento de qualquer atividade humana, seja no desempenho de uma atividade econômica ou em tarefas rotineiras da vida, a necessidade energética é constante. O atendimento a essa demanda, portanto, assume caráter de relevante interesse coletivo.

O setor elétrico é exemplo concreto das transformações dos modelos de Estado, das transformações pelas quais vem passando o Direito e da evolução das relações entre público e privado. Ao mesmo tempo, é marcado por peculiaridades e tecnicidades que o distinguem das demais atividades econômicas e que tornam sua operação, e conseqüentemente a consecução de suas finalidades de relevante interesse coletivo, uma atividade complexa.

Nesse cenário, o Direito assume papel central especialmente com a ascensão do Estado regulador, em que o Estado descentraliza atividades de interesse coletivo, permitindo sua exploração pela iniciativa privada e assume papel de gestor ativo e fiscal dessas atividades.

A tecnicidade e especificidades de cada um dos setores regulados faz necessário o surgimento de agentes, dotados de conhecimento teórico e instrumental técnico adequado, aptos a exercer a regulação setorial. Com isso, são criados diversos agentes reguladores, dotados de competência para exercer poderes típicos de Estado e que tem como principal objetivo realizar a gestão e garantir o equilíbrio dos setores regulados.

O exercício dessas funções típicas regulatórias é uma das características da pluralização do direito, marcada pela descentralização de poderes normativos até então monopolizados pelo Estado, que agora passam exercidos por uma pluralidade de agentes distintos da tradicional figura estatal.

Nesse contexto a tecnicidade e complexidade das decisões fortalece a discricionariedade dos reguladores e a chamada escolha regulatória. Com isso, as ferramentas tradicionais do direito já não se mostram aptas a fornecer todas as respostas, de modo que se faz necessário buscar, em mecanismos multidisciplinares, novas ferramentas que possibilitem uma análise ampla e mais completa dos setores regulados, das decisões tomadas e dos atos praticados. Isso demanda uma aproximação entre direito, economia e as demais ciências aplicáveis a cada uma das atividades reguladas pelo Estado.

O objetivo desse trabalho, então, é compreender a evolução do setor elétrico brasileiro, analisando como chegou-se ao patamar atual marcado pela pluralidade, para,

utilizando-se de instrumental teórico do direito econômico e da análise econômica do direito, analisar a regulação do setor elétrico, compreendendo o papel do Estado, o regime jurídico de exercício das atividades desempenhadas, os objetivos da regulação setorial e os efeitos de alguns pontos cruciais da regulação.

A complexidade do setor elétrico não permite uma análise ampla e irrestrita da regulação setorial porque esta passa por constantes e diárias transformações que impactam de modo amplo em todo o setor, o que inviabiliza uma análise geral. Se faz necessário, então, realizar recorte metodológico visando analisar alguns pontos específicos e relevantes dessa regulação.

Para tanto, esta dissertação parte, em seu primeiro capítulo, da análise dos serviços de energia elétrica no Brasil, compreendendo inicialmente a evolução dos modelos de Estado para, em seguida, abordar a evolução da energia elétrica no Brasil, demonstrando como o setor elétrico acompanhou as alterações no modelo de Estado e como chegou ao panorama atual, marcado pela segregação das atividades da cadeia econômica e pelo Estado regulador. Assim, o primeiro capítulo se encerra com a análise das diferentes atividades hoje desempenhadas na cadeia econômica da energia elétrica, suas características e, por fim, com a descrição do arranjo institucional do setor elétrico brasileiro, identificando quem são os agentes responsáveis por exercer regulação setorial, suas competências e seus objetivos.

No segundo capítulo busca-se, em primeiro plano, compreender o panorama do Estado regulador, verificando sua origem, seus pressupostos e suas características, especialmente face ao pluralismo jurídico que implica em uma diversidade de agentes exercendo função normativa. Em segundo lugar, passa-se a analisar, com base em conceitos típicos do direito administrativo econômico, as atividades desempenhadas na cadeia econômica no setor elétrico, marcada pela diversidade de regimes jurídicos com a existência concomitante de atividades econômicas e serviços públicos, visando identificar e caracterizar o regime específico de exploração de cada atividade. Em terceiro, busca-se correlacionar os dois pontos iniciais, analisando o papel do Estado regulador face ao pluralismo jurídico e o exercício da regulação face às atividades desempenhadas no setor elétrico, compreendendo a extensão das funções regulatórias e seus objetivos.

O terceiro capítulo destina-se à análise da regulação do setor elétrico a partir dos pressupostos da análise econômica do direito e da Nova Economia Institucional, correlacionando-os, quando necessário, aos conceitos jurídicos trabalhados. Para tanto, se inicia compreendendo o enfoque econômico que será adotado, expondo as premissas econômicas e conceitos da análise econômica do direito. A partir disso,

busca-se analisar três aspectos específicos que se mostram de grande relevância para a regulação setorial: as transações, investimentos e monopólios. A análise partirá dos conceitos expostos e dos aspectos jurídicos das atividades econômicas envolvidas, tendo por finalidade compreender os efeitos da regulação incidente, avaliar se apresenta resultados positivos ou negativos e avaliar possíveis alterações institucionais.

Busca-se, assim, abordar o setor elétrico brasileiro sob uma visão geral e realista, compreendendo seus objetivos, as funções de cada agente, o papel do Estado como regulador e, a partir disso, analisar os aspectos jurídicos e econômicos das atividades desempenhadas e, correlacionando-os com a análise econômica de pontos regulatórios específicos, verificar os resultados obtidos pela regulação setorial face aos objetivos e políticas traçadas para o setor.

## 2. OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

### 2.1 DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO

A atividade administrativa e os institutos jurídicos não se mantêm imóveis ao longo do tempo, mas sim, se amoldam para acompanhar as transformações da sociedade. O desempenho da atividade administrativa e o próprio papel do Direito, sempre próximo à forma de atuação do Estado, são matérias em constante evolução.

Isso não é uma novidade no campo do Direito Administrativo. Especialmente por ser intrinsecamente ligado ao modelo de Estado no qual cada sistema normativo se encontra inserido, o Direito Administrativo acompanha as tendências dos ordenamentos jurídicos e as feições assumidas pelo Estado,<sup>1</sup> alterando suas formas de aplicação, sua interpretação e seu funcionamento ao longo do tempo.

Isso se verifica desde o Estado absoluto, época em que o Estado nada mais era do que patrimônio do monarca e, portanto, o interesse do Estado era o interesse do rei. A Revolução Francesa e a promulgação de uma carta política em 1791 derrotou as tradições absolutistas,<sup>2</sup> desvinculando Estado e patrimônio do rei. O objetivo, então, passou a ser o de garantir a liberdade dos cidadãos e a não interferência na esfera individual de cada um – liberalismo.<sup>3</sup>

A desvinculação entre interesses do monarca e interesses do Estado demandava a adoção de um novo modelo de gestão apto a proporcionar a racionalização e a previsibilidade das decisões. Adota-se assim o modelo burocrático, que objetiva a superioridade técnica e previsibilidade das decisões do Estado, pautando suas decisões na racionalidade, por meio de processos impessoais e pré-definidos.

A racionalização do Direito é característica marcante no Estado burocrático e desvinculado do monarca, de modo que o Estado passa a apoiar-se em uma administração racional baseada em regulamentos explícitos e processos pré-definidos.<sup>4</sup> Segundo Emerson GABARDO, nesse modelo “o Direito é racionalmente estabelecido

---

<sup>1</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n.13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

<sup>2</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 36.

<sup>3</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamento sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22.

<sup>4</sup> MALISKA, Marcos Augusto. Max Weber e o Estado Racional Moderno. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1, Curitiba, UFPR, p. 15-28, ago./dez. 2006.

dentro de um território a partir de um conjunto de regras abstratas” e as definições típicas de Estado se fundam na natureza dos meios.<sup>5</sup>

O modelo organizacional burocrático se caracteriza, então, pela movimentação da Administração Pública em esferas de competência previamente definidas, com relações estáticas e hierarquizadas, especialização de atividades pela divisão racional e criação de procedimentos que gerem prestação padronizada dos serviços.<sup>6</sup>

O Estado liberal, entretanto, demandava a prestação de serviços mínimos pelo Estado, que compreendiam, basicamente, a garantia da ordem social e da segurança (poder de polícia) e mínimas condições de estrutura (serviço público) nas áreas que não eram economicamente atrativas para a iniciativa privada.<sup>7</sup>

O que visava o Estado liberal era libertar a sociedade de intromissões do poder, existindo clara demarcação entre as esferas reservada ao Estado de atuação pública (interesse público) e a esfera reservada aos cidadãos de atuação privada (interesse privado).<sup>8</sup>

A evolução histórica – notadamente após a revolução industrial com o surgimento de grandes aglomeradas urbanas e profundas alterações das relações sociais e políticas<sup>9</sup> – novamente levou o Estado a um novo patamar. O anseio por demandas sociais e garantia de condições mínimas aos cidadãos implicaram no surgimento do Estado social. Os anseios por demandas sociais são agravados pela crise de 1929, que representou verdadeiro fracasso da política liberal e ascensão de novo modelo, obrigando a mudança de rumo da economia em direção à intervenção estatal.<sup>10</sup> Acerca dessa evolução histórica, Miriam WIMMER afirma que:

A Revolução Industrial marcou uma importante mudança de rumos. Foi durante a efervescência do início do século XX, marcado pela Revolução Russa de 1917 e testemunha de correntes como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, que os direitos sociais primeiro adquiriram status constitucional, inicialmente através da Constituição mexicana de 1917, e, posteriormente, pela

---

<sup>5</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 32

<sup>6</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 195.

<sup>7</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamento sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 23.

<sup>8</sup> GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 141.

<sup>9</sup> GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>10</sup> CARMO, Paulo Sérgio do. **O Trabalho na Economia Global**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004. p. 58.

Constituição de Weimar, de 1919. Dez anos mais tarde, a grande crise do capitalismo moderno, simbolizada pela "QuintaFeira Negra" em que se deu a queda da bolsa de Nova Iorque, levou o Estado a assumir um papel fortemente interventivo, de modo a sustentar a atividade econômica e aliviar as tensões sociais. No plano político, o efeito foi um reforço no autoritarismo estatal. Ganhou espaço o Estado Social, ou Estado Providência, ou Estado de Bem Estar Social.<sup>11</sup>

O anseio por demandas sociais e garantia de condições mínimas aos cidadãos implicaram no surgimento do Estado de Bem Estar Social, pautado nas ideias de John Maynard Keynes de que o Estado deve assumir a intervenção na economia e garantir, por meio de investimentos públicos, a satisfação de interesses em áreas como transporte, saúde, seguro social, educação, habitação, entre outras. Para KEYNES, o investimento e intervenção estatal era a única forma de evitar o surgimento de crises cíclicas no capitalismo, no sentido de que “em condições de *laissez-faire*, talvez seja impossível evitar grandes flutuações no emprego sem uma profunda mudança na psicologia do mercado de investimentos”.<sup>12</sup>

Focado em garantir o bem estar social e condições dignas de sobrevivência, caracterizava-se pelo intervencionismo e pelo considerável aumento dos serviços e atividades prestadas pelo Estado. O Estado transforma-se em um prestador de serviços, passa a atuar em searas antes próprias da iniciativa privada, desbrava novos setores comerciais, remodela mercados e comanda a renovação de estruturas sociais e econômicas.<sup>13</sup> A intervenção mais assídua do Estado busca compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos<sup>14</sup> que, com as profundas alterações sociais e políticas, também se transformaram.

A intervenção do Estado social, é o que Eros Roberto GRAU identifica como “intervenção por absorção ou participação”,<sup>15</sup> atribuindo-se diretamente ao Estado e às organizações estatais o desempenho das atividades de modelar a vida social e renovar estruturas econômicas, passando a atuar como verdadeiro agente econômico.

O modelo de Estado social, entretanto, acabou tornando o Estado excessivamente grande, de modo que as atividades por ele assumidas já não eram

---

<sup>11</sup> WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017.

<sup>12</sup> KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 298.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

<sup>14</sup> GUERRA, Sérgio. **Discrecionabilidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147.

exercidas de forma ideal. O Estado se mostrava ineficiente e seus métodos nem sempre eram exequíveis.<sup>16</sup>

Somado à isso, a elevação dos custos decorrentes da prestação direta de todas as atividades e o conseqüente aumento de passivos governamentais provenientes de sucessivos prejuízos orçamentários reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumia.<sup>17</sup> Alexandre Santos de ARAGÃO identifica a situação como o “esgotamento do modelo keynesiano e intervencionista de Estado, propiciado pelo déficit público decorrente de anos de gastos públicos feitos sem muita responsabilidade fiscal, pelo fim da guerra fria e pela globalização”.<sup>18</sup>

Apesar de seu considerável tamanho, o aparelho do Estado já não era suficiente para a satisfação pessoal e direta de todas as necessidades coletivas, era inevitável que se procedesse o descongestionamento de tarefas e a conseqüente descentralização.<sup>19</sup> Segundo Luiz Carlos BRESSER PEREIRA a expansão do Estado foi fruto não apenas das pressões da sociedade, mas das próprias estratégias de crescimento da própria burocracia, desse modo, a implementação de uma administração gerencial decorreu não só de problemas de crescimento do Estado, das estruturas burocráticas e da complexidade crescente da agenda governamental, mas também da necessidade de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.<sup>20</sup>

Se introduz reforma administrativa, conduzindo políticas de implementação de práticas de planejamento, desestatização e descentralização do Estado, focada na construção de um Estado reduzido e com menor intervenção direta no âmbito econômico. É nesse sentido que Marçal JUSTEN FILHO afirma que a redução na intervenção estatal faz surgir, como contrapartida, o predomínio de funções regulatória. Com isso, o Estado passa a não mais atuar como agente econômico, mas como árbitro das atividades privadas.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coordenador). **Cenários do Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 72.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19.

<sup>18</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 9.

<sup>19</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 148

<sup>20</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 50.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

Cabe, assim, analisar aspectos preliminares relativos a esse modelo de Estado, abordando aspectos essenciais à compreensão prévia dos assuntos que serão abordados no próximo item, referentes ao setor de energia elétrica do Brasil. Concepções mais aprofundadas sobre o modelo de Estado regulador e o exercício e funções da regulação serão tratadas adiante.

O Estado, então, passa de “prestador exclusivo e universal de quase todos os serviços públicos relevante, de empresário e executor diretos de expressiva parcela da atividade econômica”<sup>22</sup> para transformar-se em um Estado regulador. É nesse sentido que Floriano Azevedo MARQUES NETO afirma que

Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover as necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses.<sup>23</sup>

No plano econômico o Estado passa a atuar como agente regulador, focado em dirigir e ajustar a atividade econômica aos valores e princípios constitucionais. O surgimento desse modelo estatal decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo da atividade administrativa, passando-se a descentralizar funções públicas para particulares.<sup>24</sup>

O Estado regulador se caracteriza por redução de sua intervenção direta na economia permitindo, na medida do possível, aos atores privados tomarem suas próprias decisões empresariais e individuais, retendo, contudo, amplos poderes regulatórios sobre as atividades privadas sempre que necessário.<sup>25</sup>

O Estado, então, deixa de exercer diretamente uma série de atividades até então por ele monopolizadas. Em um sentido amplo, isso compreende a quebra de monopólios, a concessão e permissão de serviços públicos e a terceirização. Com isso, a iniciativa privada passa a exercer uma série de atividades até então monopolizadas

---

<sup>22</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 59.

<sup>23</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 16.

<sup>24</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 44.

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 9.



pelo Estado, como serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias e outros. Por um lado, o estado se abstém de exercer essas atividades que o particular tem condições de prestar, por outro, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, especialmente quando isso for de interesse público.<sup>26</sup>

Dentre as medidas tomadas para redução do tamanho e presença do Estado, Dinorá GROTTI destaca (a) a desmonopolização de atividades econômicas; (b) a concessão de serviços públicos com a prestação por empresas privadas e não mais por estatais; (c) a terceirização com a busca, pela Administração Pública, de parcerias com o setor privado; (d) a desregulação e diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; (e) a desestatização com a venda de estatais para o setor privado.<sup>27</sup>

Assim, sucessivas reformas administrativas buscaram, no plano político, técnico e jurídico, fornecer instrumentos de racionalidade necessários para a instauração desse novo modelo de Estado, além de buscar legitimidade e eficiência na busca pelo interesse público.<sup>28</sup> Tal busca é dotada de grande relevância uma vez que esse novo panorama de Estado implica em redução da participação e influência Estatal, o que, entretanto, não pode reduzir a legitimidade dos entes reguladores no exercício de suas funções.

Esse processo, entretanto, como alerta Floriano Azevedo MARQUES NETO, não implica em necessária erradicação da regulação estatal. Isso por que aumenta a intervenção estatal sobre o domínio econômico não só nos setores em que o Estado deixa de explorar diretamente a atividade econômica, como também, sobre outros setores em que a regulação estatal não se mostrava presente. Assim, a retirada do Estado da efetiva execução de determinadas atividades e sua exploração por particulares, “antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública”.<sup>29</sup>

No mesmo sentido, Vital MOREIRA identifica três vertentes distintas desse movimento: a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; a liberalização de atividades e setores econômicos que até então eram reservados exclusivamente ao setor público; e a desregulação propriamente dita,

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Regulação e Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (coord.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 35.

<sup>27</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jul 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 25/10/2017. p. 2.

<sup>28</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 195.

<sup>29</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 15.

consistente na redução ou eliminação do controle público sobre a produção e o mercado. Entretanto, destaca que essa orientação fez reduzir o papel do Estado sem, com isso, implicar em redução da regulação. A regulação, por sua vez, assumiu novos papéis, novas formas, mas não desapareceu, inclusive, foi densificada em determinadas áreas, especialmente nos serviços públicos antes nacionalizados e no setor financeiro.<sup>30</sup>

Por conta da descentralização e do papel de coordenador do Estado surgem autarquias sobre a forma de agências reguladoras (como a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel; Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP; entre outras) e, além delas, outras autarquias passam a exercer funções regulatórias, como, por exemplo, o Banco Central do Brasil – Bacen. Mais recentemente, entes privados acabam incumbidos de tarefas típicas de regulação (cite-se, como exemplo, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, o papel institucional destes entes será melhor detalhado adiante).

Exposto o panorama inicial acerca da evolução dos modelos de Estado e da formação do chamado Estado regulador, passa-se a tratar especificamente da realidade da energia elétrica no Brasil, a partir de sua evolução ao longo dos anos para, em seguida, abordar algumas peculiaridades essenciais da operação do setor elétrico e, posteriormente, compreender e debater questões mais aprofundadas sobre o Estado regulador e a regulação setorial da energia elétrica.

## 2.2 EVOLUÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

Nos tempos atuais a energia, e especialmente a energia elétrica, é notadamente um serviço essencial ao desempenho de praticamente qualquer atividade humana. Entretanto, essa essencialidade nem sempre foi realidade.

A compreensão da evolução da energia elétrica no Brasil pode ser abordada a partir de três períodos distintos, (i) o primeiro compreendido aproximadamente entre o final do império e a República Velha (aproximadamente entre 1890 e 1934); (ii) o período compreendido entre o Estado Novo e a segunda metade dos anos 90; e (iii) o período atual.<sup>31</sup>

O primeiro período marca o início da utilização da energia elétrica no Brasil, momento no qual a atividade se constituía por pequenos sistemas de produção de

---

<sup>30</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 43.

<sup>31</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016. p. 251.

energia instalados próximos aos centros de consumo; ou, inversamente, de pequenos centros urbanos que se instalavam próximos aos locais com bom potencial de geração elétrica.

Consequentemente, os serviços eram tidos como de interesse local e a regulação dos serviços – e competência para dispor sobre – era exercida principalmente por Municípios. Os serviços usualmente eram prestados por concessões municipais e as empresas exploravam, concomitantemente, todas as atividades da cadeia de produção da energia elétrica. À época, eram raros os episódios de concessões estaduais, como é o caso do rio Tietê, em São Paulo.<sup>32</sup>

Posteriormente, a crise de 1929 afetou gravemente a economia brasileira que, até então, era muito dependente da exportação do café. Esse quadro levou o governo a redefinir as políticas econômicas do país, adotando-se a política de industrialização voltada para o mercado interno. O desenvolvimento de uma base industrial, entretanto, exigia sustentação de infraestrutura. Consequentemente, um dos principais setores a ser desenvolvido – essencial à atividade industrial – era a energia elétrica.<sup>33</sup>

O segundo período é marcado pelo fato de a energia passar a ser tratada como de interesse estratégico Federal: tanto o Código das Águas (1934) como a Constituição de 1934 passam a tratar a energia elétrica como de responsabilidade da União, refletindo a tendência de centralização do Poder Público, principalmente por reformas institucionais e incorporação de diretrizes nacionalistas.<sup>34</sup>

A regulação do Estado sobre os serviços de energia, passa a ser baseada na criação de condições para que os investidores privados explorem o setor. Acreditava-se que, criando as condições necessárias, o setor se desenvolveria sem a necessidade de atuação direta pelo Estado; isso, entretanto, não surtiu o efeito esperado.

A constante intervenção do Estado, com políticas de restrições tarifárias e restrições à liberdade no desempenho da atividade, acabaram por afugentar os investidores.<sup>35</sup>

A partir da década de 1940, como não houve resposta adequada da iniciativa privada, o Estado passa a assumir a execução direta dos serviços de energia

---

<sup>32</sup> WALTENBERG, David. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 353.

<sup>33</sup> LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória. In: LANDAU, Elena (coord.) **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2

<sup>34</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 94.

<sup>35</sup> WALTENBERG, David. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 353-355.

elétrica com forte estatização, criando diversas estatais responsáveis pelas atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.<sup>36</sup> Esse modelo gerou avanços expressivos no desenvolvimento do setor energético nacional, expandindo rapidamente sua capacidade.

Entretanto, o modelo começou a apresentar sinais de fadiga. O esgotamento da capacidade de investimentos e as mudanças de prioridade do Estado – que passa a centrar-se nas áreas sociais (saúde, educação e segurança) – aliados a fatores como ingerência das empresas estatais, políticas de contenção tarifária, desvios de funções, pouca atenção à eficiência e outros fatores correlatos<sup>37</sup> levaram a uma crise generalizada do setor.<sup>38</sup>

Com a crise, foi necessário estabelecer um processo de reestruturação que, pautado no fato de que o setor não desenvolveu mecanismos próprios de sustentação, delegou à iniciativa privada a exploração dos serviços e atividades de energia elétrica.

Isso exigiu uma reestruturação plena do setor, que precisou se enquadrar institucionalmente às novas diretrizes redefinindo seu planejamento e estruturação.

Nesse contexto, foram realizadas as primeiras privatizações do setor elétrico e o Estado passou a assumir papel reduzido como planejador e regulador, garantindo, ainda, a existência de condições para a realização dos investimentos privados. Dos principais impactos dessas alterações, no setor elétrico, Vitor Rhein SCHIRATO destaca (i) a edição de leis destinadas a criar competição no setor e desmonopolizar a cadeia produtiva; (ii) outorga de concessões nos segmentos de geração e transmissão; (iii) alienação de empresas e ativos de geração e distribuição.<sup>39</sup>

Visando viabilizar investimentos privados no setor, e como decorrência da reestruturação e das privatizações realizadas, foi adotado modelo de desverticalização caracterizado especialmente pela segmentação das atividades de energia elétrica e de seus agentes; e pela redefinição das formas de titulação, de atuação, do regime econômico-financeiro e dos órgãos de regulação. Das transformações econômicas que alteraram o perfil do Estado, José Osório NASCIMENTO NETO destaca (i) a extinção

---

<sup>36</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016. p. 252.

<sup>37</sup> WALTENBERG, David. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 356-357.

<sup>38</sup> LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória. In: LANDAU, Elena (coord.) **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.. p. 5-6.

<sup>39</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016. p. 252.

de parte das restrições ao capital estrangeiro; (ii) flexibilização dos monopólios estatais, e (iii) desestatizações.<sup>40</sup>

O modelo de segmentação da cadeia econômica da energia elétrica, como será visto nos tópicos a seguir, acabou por consagrar a relação entre regulação e desregulação; monopólio e competição; e exploração de atividade econômica em sentido estrito e serviço público, que até hoje predomina no setor e que representa grande parte da complexidade das relações estabelecidas e dos desafios da regulação setorial.

O terceiro momento da evolução da energia elétrica no Brasil é marcado pela intensa crise energética do ano de 2001 que chegou, inclusive, a levar ao racionamento energético. O período é marcado por ainda não haver desenvolvimento satisfatório das relações entre regulador e regulado que, somado à diversos fatores como uma intensa crise hídrica, levaram à graves problemas de abastecimento de energia.<sup>41</sup>

A crise, entretanto, impulsionou mudanças, especialmente na compreensão da importância da energia elétrica, demonstrando a ineficiência da regulação e a baixa qualidade dos serviços prestados.<sup>42</sup>

Visando superar a crise, foi instaurada em caráter emergencial a Câmara de Gestão da Crise Energética, cuja competência definida pela Medida Provisória nº 2.148 de 22 de maio de 2001 consiste em propor e implementar medidas de natureza emergencial decorrentes da situação hidrológica crítica, visando compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções imprevistas no fornecimento de energia. Imediatamente houve racionamento energético e reajuste tarifário, visando a superação dos problemas existentes e impedir o surgimento de novas crises.<sup>43</sup>

Assim, voltado em inaugurar um novo ciclo de investimentos e mitigar novos problemas de fornecimento, foram editadas novas normas de comercialização de energia elétrica, dividindo-se o mercado em livre e mercado regulado, por força da Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004. Esse modelo, guardadas as devidas alterações, é o

---

<sup>40</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta.** Curitiba: Íthala, 2017. p. 98.

<sup>41</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta.** Curitiba: Íthala, 2017. p. 119.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 75-95, out./dez. 2011. p. 81.

<sup>43</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta.** Curitiba: Íthala, 2017. p. 120.

que vigora até hoje no Brasil.<sup>44</sup> A análise específica do tema será melhor abordada no tópico seguinte, que trata especificamente do modelo institucional adotado.

A evolução histórica do setor energético demonstra a relevância do tema aqui tratado: as evoluções tecnológicas, as alterações dos modelos de Estado, o planejamento setorial, a escassez de recursos, a dependência hídrica e o crescente aumento da demanda energética são temas que estão em constante discussão no setor elétrico, desde as origens do direito da energia no Brasil, até os tempos atuais. Crises ocorreram por desajustes regulatórios e falta de simetria entre regulador e regulados, por déficit de investimentos no desenvolvimento setorial; por sua vez, crises foram evitadas ao custo da redução de acesso à energia e criação de desincentivos econômicos ao seu consumo. Todos esses temas e desafios contribuíram para a construção do modelo atual, que deve ser aprimorado para garantir que, no futuro, os serviços continuem sendo prestados com eficiência.

Assim, exposta a evolução da energia elétrica no Brasil e a relevância da análise, cabe adentrar a aspectos mais específicos deste setor econômico, visando, mais adiante, proporcionar a devida compreensão do funcionamento e operação da regulação setorial da energia elétrica e o papel do Estado e dos agentes reguladores, o que possibilitará, ao fim, compreender o papel do Direito diante desse setor e a abordagem econômica de aspectos relevantes para o setor.

### 2.3 A CADEIA ECONÔMICA DA ENERGIA ELÉTRICA E AS PECULIARIDADES DO SETOR.

Para que se compreenda de forma adequada as reformas implantadas e os mecanismos de regulação setoriais é primordial compreender o funcionamento e peculiaridades do setor em si. Sendo assim, o objetivo deste tópico é expor o funcionamento do setor elétrico de modo a permitir, nos tópicos seguintes, análise da estrutura institucional do setor elétrico e permitir a compreensão, nos capítulos seguintes, do papel do Estado como agente regulador e suas funções abordando, sob o enfoque econômico, a regulação setorial.

O primeiro ponto a ser destacado acerca das peculiaridades desse setor econômico é que não há forma economicamente viável de armazenamento de energia elétrica em grande escala. Isso implica na consequência lógica de que o consumo e a geração de energia ocorrem de forma simultânea: se não há possibilidade de se

---

<sup>44</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016. p. 252.

armazenar energia, no exato momento em que há consumo de energia, deve haver a sua produção. Como a energia se movimenta na velocidade da luz, transmitindo-se de forma quase instantânea pelo sistema, “as atividades de geração, transmissão e distribuição devem ser realizadas, portanto, em tempo real para atender ao consumidor”.<sup>45</sup>

Grande parte das características e peculiaridades desse setor econômico decorrem da inviabilidade do armazenamento e da necessidade de operação instantânea.<sup>46</sup> Isso por que, soluções aparentemente simples, que seriam facilmente aplicáveis a outros setores, tornam-se inviáveis no setor elétrico.

A geração de energia, de forma bastante sintética, decorre da “aplicação de uma tecnologia sobre a energia primária (fonte), transformando-a em energia secundária (energia elétrica, por exemplo)”.<sup>47</sup>

Sendo assim, a única forma viável de armazenamento de energia é o armazenamento dos recursos primários que podem ser transformados em energia elétrica, tais quais água represada, gás natural e combustíveis fósseis em geral. Entretanto, para outras fontes energéticas, como a energia oriunda de fonte solar e eólica, não há possibilidade de armazenamento em grande escala.

Uma segunda grande característica que merece destaque é o fato de o setor elétrico configurar-se como uma indústria de rede. Isso significa que “para o fornecimento de energia elétrica é necessário que produtores estejam ligados aos consumidores por redes de transmissão e distribuição de energia”.<sup>48</sup>

As indústrias de rede são caracterizadas pela necessidade de massivos investimentos de capital, demandando investimentos em larga escala e caracterizando-se, especialmente, por ativos duráveis, imóveis e baseados em custos não recuperáveis. Essas indústrias proporcionam economia de escala significativa e, por usualmente tratarem de monopólio natural, acabam por gerar compromissos com os usuários do serviço, uma vez que estes não possuem outra opção senão contratar a monopolista. Além disso, tratam-se de indústrias que, como atividades econômicas típicas de serviço público, enfrentam constante desafio por universalização, de modo que a fruição universal deve ser garantida, inclusive aos cidadãos que vivem em áreas

---

<sup>45</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 146.

<sup>46</sup> BESSEMBINDER, Hendrik; LEMMON, Michael. Equilibrium pricing and Optimal Hedging in Electricity Forward Markets. In: **The Journal of Finance**, vol. LVII, n. 3, June 2002. p. 1347.

<sup>47</sup> ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 98.

<sup>48</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 146.

remotas, de difícil acesso, ou que possuem baixa renda.<sup>49</sup> Os temas relativos ao serviço público, ao dever de universalização e aos monopólios naturais serão melhor abordados adiante, em tópicos específicos pertinentes aos temas.

Em âmbito nacional, o setor energético opera por meio do Sistema Interligado Nacional – SIN, que conectando os sistemas de geração, transmissão e distribuição por todo o território nacional, permite transportar energia a qualquer parte do país que integre o SIN.<sup>50</sup>

Com isso, o SIN permite que produtores entreguem a energia diretamente na rede e que consumidores retirem a energia diretamente da rede, sem a necessidade de conexão física entre as agentes do sistema. Tal interligação possibilita trocas energéticas independente de restrições físicas ou distância. A maior restrição, aqui, é a capacidade de transporte das linhas de transmissão. Como será visto a seguir, a transmissão de energia tem regime jurídico de serviço público prestado em monopólio, o que exige atuação ativa e preparada dos agentes reguladores de modo a possibilitar a operação contínua do SIN, afinal, a falta de planejamento que sobrecarregue as linhas de transmissão, pode comprometer toda a operação interligada do sistema.

A consequência primária da interligação do sistema resulta no fato de que os contratos de comercialização de energia elétrica – em sua maioria, com exclusão das situações excepcionais em que há interligação física entre dois agentes – são contratos estritamente abstratos<sup>51</sup>, de natureza contábil. Isso por que, como toda energia é entregue diretamente ao sistema e não há entrega física de energia do vendedor ao comprador, todos os vendedores entregam a energia diretamente ao SIN, enquanto todos os compradores retiram a energia diretamente do SIN. Ao término de cada mês, os agentes reguladores realizam medição contábil para verificar as quantidades entregues e retiradas por cada agente do sistema, com posterior liquidação financeira. Essa tarefa compete especialmente à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, e será melhor abordada a seguir.

---

<sup>49</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 27, nº 2 (106), p. 261-280, abril-junho 2007. p. 266.

<sup>50</sup> Segundo o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS: “A interconexão dos sistemas elétricos, por meio da malha de transmissão, propicia a transferência de energia entre subsistemas, permite a obtenção de ganhos sinérgicos e explora a diversidade entre os regimes hidrológicos das bacias. A integração dos recursos de geração e transmissão permite o atendimento ao mercado com segurança e economicidade.”. OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **O que é o SIN** – Sistema Interligado Nacional. Disponível em <<http://www.ons.org.br/pt/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin>>. Acesso em 20/2/2018.

<sup>51</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 145.



Isso, entretanto, demanda uma grande organização do setor elétrico, especialmente no que concerne às atividades inerentes à cadeia econômica que impera no setor.

A desverticalização do mercado – uma das mais relevantes alterações do setor – segmentou as atividades da cadeia econômica, entregando parte delas à iniciativa privada e a competição, enquanto preservou parte ao Estado e à monopólios naturais. Tal concepção foi adotada porque se verifica, no setor, as características que Marçal JUSTEN FILHO identifica como essenciais para proporcionar segmentação:

(...) a possibilidade de diferenciação do serviço público nas várias etapas ou em vista dos objetos específicos considerados. Seja por fatores de cunho tecnológico, seja pela sofisticação da atividade econômica, tornou-se possível (senão necessário) seccionar em vários núcleos autônomos a atuação orientada para fornecimento de utilidades.<sup>52</sup>

Assim, a segmentação da cadeia econômica da energia elétrica dividiu os agentes setoriais em: (a) agentes de geração; (b) agentes de transmissão; (c) agentes de distribuição; (d) agentes de comercialização; e (e) consumidores.

Dentre os agentes de geração é possível verificar uma pluralidade de regimes jurídicos face à atividade por eles desempenhada. Por mais que todos os agentes de geração se ocupem da atividade de geração (produção) de energia elétrica, podem ser divididos nas seguintes classes: (a) concessionário de serviço público de geração – agente titular de concessão para exploração de ativo de geração a título de serviço público, outorgada pelo poder concedente; (b) produtor independente de energia elétrica – agente titular de permissão ou autorização do poder concedente para produzir energia destinada à comercialização, por sua conta e risco; e (c) autoprodutor – agente com concessão, permissão ou autorização para produzir energia destinada ao seu uso exclusivo.<sup>53</sup>

Gerada a energia, ela deve ser transportada aos centros de carga – centros de consumo de energia –, para que seja efetivamente utilizada pelos usuários.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 41.

<sup>53</sup> Conforme disposto pelo Decreto 2003/1996: “Art. 1º A produção de energia elétrica, por produtor independente e por autoprodutor, depende de concessão ou autorização, que serão outorgadas na forma da legislação em vigor e deste Decreto.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco;

II - Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.”

Os agentes de transmissão, portanto, são os responsáveis pelo transporte da energia produzida pelos geradores até os centros de carga – o transporte é realizado pelas grandes torres e linhas de transmissão que geralmente acompanham estradas pelo país. São detentores de concessão outorgada pelo poder concedente e operam em caráter de monopólio, por tratar-se de monopólio natural, como será melhor abordado adiante em tópico específico sobre o tema.

Quando próxima aos centros de carga, a energia elétrica ainda precisa ser transportada até os usuários – residências, comércio, indústrias e etc. –, essa tarefa incumbe aos agentes de distribuição.

Detentores de concessão de serviço público, os agentes de distribuição têm tarifas e condições de fornecimento reguladas pela Aneel. Assim como os agentes de transmissão, operam em caráter de monopólio que, novamente, decorre das características da atividade que tornam economicamente inviável a duplicação das linhas de distribuição, além dos elevados custos de investimento que, se comparados com a demanda e a lucratividade, tornariam inviável a competição nessa etapa da cadeia produtiva.

Os agentes de consumo, por sua vez, são os destinatários finais da energia elétrica. Dividem-se em (a) consumidores cativos – consumidores de baixas demandas de energia elétrica que são atendidos obrigatoriamente pelas concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica e tem a tarifa regulada pela Aneel; (b) consumidores livres – consumidores de altas demandas de energia (maior ou igual a 3MW), tem liberdade para contratar com qualquer agente do setor e negociar livremente as condições de fornecimento, preços, prazos de fornecimento e afins; (c) consumidores especiais – consumidores de demandas acima de 0,5 MW, tem a liberdade para contratar com qualquer agente do setor e estabelecer livremente as condições de fornecimento, preços, prazo de fornecimento e afins, entretanto, tem sua liberdade de contratação restringida à chamada “energia incentivada”, energia proveniente de fontes solar, eólica, biomassa ou de pequenas centrais hidrelétricas.

O consumidor cativo, usuário de serviço público dos serviços de distribuição de energia elétrica, não possui liberdade para contratar, estando atrelado à tarifa de energia elétrica estabelecida pelos agentes reguladores. Sobre a tarifa de energia elétrica paga pelo usuário, Luiz Alberto BLANCHET destaca que sua composição compreende os custos envolvidos em todo o processo necessário para produzir, transportar e distribuir a energia aos usuários, assim como, a remuneração do concessionário e os custos decorrentes das particularidades próprias de cada área de

concessão. A fatura recebida, por sua vez, engloba também os encargos setoriais e tributos incidentes.<sup>54</sup>

O setor energético conta também com os agentes de comercialização de energia, que, por meio de contratos bilaterais firmados com outros agentes do setor – sejam consumidores, comercializadores, geradores ou distribuidores – compram e vendem energia. Operam mediante autorização da Aneel, e exercem sua atividade em caráter competitivo.

Uma das mais marcantes alterações setoriais ocorreu no ano de 2004<sup>55</sup>, com a criação de dois ambientes distintos de comercialização de energia – Ambiente de Contratação Livre (ACL) e Ambiente de Contratação Regulado (ACR).

A criação de diferentes ambientes de contratação torna evidente a distinção entre os regimes jurídicos dos diferentes agentes do setor elétrico.

No ACR ocorre a compra de energia pelas distribuidoras, de forma totalmente regulada, mediante leilões, nos quais os agentes geradores e comercializadores ofertam sua energia às distribuidoras de energia elétrica. O ganhador do leilão é definido pelo critério de menor preço da energia. As relações comerciais estabelecidas no ACR tem regulação específica quanto ao preço da energia, prazo de vigência, suprimento e afins, não sendo passíveis de alteração bilateral pelas partes.

Em contrapartida, o ACL permite a comercialização de energia com livre negociação de preços, prazos, volumes e condições gerais de suprimento entre geradores, comercializadores e consumidores livres e especiais. Entretanto, mesmo nesse ambiente não há liberdade total, já que os contratos devem obrigatoriamente ser registrados na CCEE e devem obedecer aos procedimentos de comercialização.

Se percebe, assim, que a regulação do setor de energia elétrica incide, em maior ou menor escala, sobre todas as etapas da cadeia produtiva.

As questões brevemente expostas neste tópico são essenciais para a adequada compreensão das discussões e abordagens a seguir. Diante disso, passa-se a analisar o modelo regulatório e o arranjo institucional da energia elétrica no Brasil.

## 2.4 O ARRANJO INSTITUCIONAL DA ENERGIA NO BRASIL

A segmentação dos diferentes serviços relativos à cadeia econômica da energia elétrica acabou por consagrar a existência de diversos regimes jurídicos de

---

<sup>54</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. A Tarifa de Energia Elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; PIRONTI, Rodrigo Aguirre de Castro (organizadores) **Direito da Energia: economia, regulação e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 11-12.

<sup>55</sup> BRASIL, **Lei Federal nº 10.848 de 15 de março de 2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 2004.

exploração das atividades. Veja-se que comercialização e geração de energia foram expostas à competição e concorrência, enquanto, por outro lado, as atividades de distribuição e transmissão foram preservadas, por serem consideradas monopólio natural, e com outorgas reservadas à concessões de serviço público.

A fragmentação dos serviços conduziu não somente à dissociação de tratamento jurídico para as diversas etapas econômicas componentes das atividades, mas, também, “à introdução de mecanismos orientados a impedir o exercício cumulativo por um mesmo e único sujeito de atividade de natureza distinta”.<sup>56</sup>

Esse panorama de reestruturação, que englobou privatização de empresas estatais e instituição de concorrência para a prestação de serviços públicos, demonstra exatamente como o setor de energia elétrica nacional se enquadrou na configuração do Estado regulador.

O setor elétrico então, em claro exemplo das alterações de modelo do Estado, passa a ser regulado, com intervenção estatal no setor econômico visando resolver conflitos entre concessionários, usuários e Estado; exercer controle constante, adaptando o funcionamento das empresas às necessidades do interesse público, às políticas de expansão e, aliado à tudo isso, manter a estabilidade econômica e competitividade do setor.<sup>57</sup> Sobre o tema, José Osório NASCIMENTO NETO afirma que:

Com a retirada do Estado da prestação direta dos serviços públicos, promoveu-se conseqüentemente, a derrocada dos clássicos monopólios estatais em setores como o da eletricidade e das telecomunicações (exceto nos segmentos onde não há monopólio natural, por óbvio, e a política regulatória estatal passou a privilegiar a abertura setorial à concorrência privada, regulando-a de modo a garantir a observância do regime jurídico mais adequado para a prestação das atividades que, qualificadas como serviços públicos, denotam amplo interesse público em sua concretização.<sup>58</sup>

O novo modelo adotado exigiu a estruturação de mecanismos institucionais para exercer essas funções, visando regular o setor e gerir o sistema de forma eficiente. São criados diversos entes estatais e privados com competência para regular e manter o setor, que passam a influenciar diretamente na operação, estruturação, planejamento, contabilização e normatização do setor. Passa-se então a analisar os entes que, cumprindo essas funções, estão diretamente ligados à energia elétrica.

---

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 42 – 43.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Organizadora). **Direito Regulatório Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 37.

<sup>58</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 98.

O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE é órgão interministerial de assessoramento à Presidência da República, que tem como objetivo propor ao Presidente da República a formulação das políticas públicas e diretrizes da energia.

Criado pela Lei Federal nº 9.487 de 6 de agosto de 1997, o CNPE tem como competências específicas (a) promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do país, em conformidade com os princípios e das políticas energéticas; (b) assegurar o suprimento de insumos energéticos às áreas remotas ou de difícil acesso, respeitando as características regionais; (c) rever periodicamente as matrizes energéticas considerando as fontes e tecnologias disponíveis; (d) estabelecer diretrizes para programas específicos relacionados às fontes específicas de energia; (e) estabelecer diretrizes para a importação e exportação de energia e combustíveis; (f) sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o interesse público envolvido e o planejamento de curto, médio e longo prazo; (g) definir blocos objetos de concessão; (h) definir as estratégias e políticas de desenvolvimento econômico do setor energético; (i) induzir o incremento dos índices a serem observados em licitações e contratos de concessão; (j) definir diretrizes para comercialização e uso do biodiesel; (k) estabelecer parâmetros técnicos das licitações para concessão de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; e (l) definir as estratégias e políticas de desenvolvimento tecnológico do setor de energia elétrica.<sup>59</sup>

O Ministério de Minas e Energia – MME é órgão governamental responsável pela implementação da política energética, em consonância com demais políticas públicas definidas pelo Conselho Nacional de Política Energética. Criado pela Lei nº 3.782 de 22 de julho de 1960, tem competência para o despacho de todos os assuntos relativos à produção mineral e energia.<sup>60</sup>

É vinculado diretamente à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP; à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel; à Companhia Vale do Rio Doce S.A.; à Companhia Hidrelétrica do São Francisco; à Petróleo Brasileiro S.A.; à Comissão Nacional de Energia Nuclear; e à Comissão Executiva do Plano do Carvão Nacional.<sup>61</sup>

As competências do MME, portanto, acabam sendo muito mais amplas do que aparentemente indicado pela sua lei de criação. Isso por que, como visto, acaba por influenciar diretamente na atuação de agências reguladoras voltadas ao setor

---

<sup>59</sup> BRASIL, **Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília, 1997.

<sup>60</sup> BRASIL, **Lei Federal nº 3.782, de 22 de julho de 1960**. Diário Oficial da União, Brasília, 1960.

<sup>61</sup> A vinculação se dá por força das Leis Federais nº 9.478, 9.427 e 3.782.

energético e de grandes companhias que, invariavelmente, exercem forte influência setorial.

O Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, atua sob a coordenação do MME, com a função de acompanhar e avaliar a continuidade e segurança do suprimento energético. Criado pela Lei Federal nº 10.848, é integrado pelas entidades responsáveis pelo planejamento da expansão, operação, administração e regulação do setor elétrico nacional.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel é autarquia em regime especial, na forma de agência reguladora independente do Poder Executivo. Possui independência técnica e financeira, inclusive, gozando da garantia de vedação à exoneração imotivada de diretores.<sup>62</sup>

Criada pela Lei 9.427 de 26 de dezembro de 1996, possui competência para regular e fiscalizar o setor elétrico, preservar a viabilidade econômica e financeira, zelar pela qualidade dos serviços, promover a universalização do atendimento, estabelecer tarifas aos mercados regulados, enfim: exercer as incumbências de poder concedente aplicáveis ao setor elétrico.<sup>63</sup>

Dentre as competências específicas da Aneel, estabelecidas por sua lei instituidora, destacam-se: (a) implementar políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e aproveitamento dos potenciais hidráulicos; (b) promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionários e permissionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, assim como, para a outorga de concessão para aproveitamento dos potenciais

---

<sup>62</sup> PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídicos-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Organizadora). **Direito Regulatório Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 358.

<sup>63</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Relatório de Gestão do Exercício de 2015**. Brasília: MME e Aneel, 2016. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Rel%C3%A1torio+de+Gest%C3%A3o+ANEEL+2015/415e1573-a318-496f-9037-abc1b004af09>>. Acesso em 25/03/2017.

O relatório, ainda, enumera como principais atribuições da Aneel: (a) Regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, evitando práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos; (b) Fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e os serviços de energia elétrica; (c) Implementar as políticas e diretrizes do Governo Federal relativas à exploração da energia elétrica e ao aproveitamento dos potenciais hidráulicos; (d) Por delegação do Governo Federal, promover as atividades relativas às outorgas de concessão, permissão e autorização de empreendimentos e serviços de energia elétrica; (e) Estabelecer tarifas, criando condições para a modicidade, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade do serviço de energia elétrica; (f) Mediar, na esfera administrativa, os conflitos entre os agentes e entre esses agentes e os consumidores; (g) Criar ambiente que incentive o investimento no setor, com medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica para promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais; (h) Educar e informar agentes e demais envolvidos sobre as políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica; (i) Garantir transparência e efetividade nas relações com a sociedade.

hidráulicos; (c) gerir os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de bem de uso público e fiscalizar as concessões, permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (d) dirimir divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e auto produtores, no âmbito administrativo; (e) fixar os critérios para cálculo do preço pago pelos serviços de transmissão e distribuição de energia; (f) articular com o órgão regulador critérios para fixação de preços de transporte de combustíveis fósseis e gás natural; (g) estabelecer limites para a obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, de modo a impedir a concentração econômica; (h) zelar pela defesa da concorrência; (i) fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados; (j) estabelecer tarifas para o suprimento de energia às concessionárias de distribuição; (k) estabelecer metas a serem alcançadas pelas concessionárias visando a universalização da energia elétrica; (l) efetuar controle prévio e posterior dos atos e negócios jurídicos celebrados no setor; (m) aprovar regras e procedimentos de comercialização de energia elétrica; (n) promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (o) homologar receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias; (p) estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado; e (q) definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição.<sup>64</sup>

O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS é pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade de coordenação e controle de toda a operação da geração e transmissão do Sistema Interligado Nacional – SIN<sup>65</sup> sob a fiscalização da Aneel. A

---

<sup>64</sup> BRASIL, **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Art. 3º.

<sup>65</sup> BRASIL, **Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Diário Oficial da União, Brasília, 1998. Art. 13: “As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN) e as atividades de previsão de carga e planejamento da operação do Sistema Isolado (Sisol) serão executadas, mediante autorização do poder concedente, pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, fiscalizada e regulada pela Aneel e integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à rede básica”.

O Decreto 5.081 de 14 de Maio de 2014 regulamenta esse artigo, estabelecendo ainda como competência do ONS, sem prejuízo de demais funções atribuídas pelo Poder Concedente: “Art. 3º (...) I - o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização do Sistema Interligado Nacional - SIN; II - a supervisão e a coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos, a supervisão e o controle da operação do SIN e das interligações internacionais; III - a contratação e a administração de serviços de transmissão de energia elétrica e as respectivas condições de acesso, bem como dos serviços auxiliares; IV - a proposição ao Poder Concedente das ampliações de instalações da Rede Básica, bem como de reforços do SIN, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão; V - a proposição de regras para a operação das instalações de transmissão da Rede Básica do SIN, mediante processo público e transparente, consolidadas em Procedimentos de Rede, a serem aprovadas pela ANEEL, observado o disposto no art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; VI - a

atividade exercida pelo ONS é de caráter eminentemente técnico de natureza executiva visando a melhor gestão dos recursos escassos que envolvem o setor elétrico.

A operação do ONS rege-se por princípios de otimização de recursos, confiabilidade do sistema, continuidade e economicidade do suprimento de energia no país.<sup>66</sup>

Como visto anteriormente, a energia pode ser estocada somente em sua fonte primária, cabe ao ONS, portanto, a otimização dos recursos garantindo o melhor aproveitamento do potencial energético. Para tanto, possui competência para emissão de normas de operação (chamados Procedimentos de Rede), essa competência normativa, entretanto, está sujeita à aprovação da Aneel.

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE é pessoa jurídica de direito privado criada para suceder o antigo Mercado Atacadista de Energia – MAE, possuindo a função de viabilizar a comercialização de energia elétrica no país.<sup>67</sup>

Apesar de possuir regime jurídico de direito privado, a CCEE teve sua criação autorizada pela Lei Federal nº 10.848, sob autorização do poder concedente e sujeita a regulação e fiscalização da Aneel. Para cumprir sua finalidade, possui competência para editar e determinar os procedimentos de comercialização de energia elétrica, aplicáveis a todos os agentes setoriais.

---

divulgação dos indicadores de desempenho dos despachos realizados, a serem auditados semestralmente pela ANEEL”. BRASIL, **Decreto n. 5.081 de 14 de maio de 2014**. Diário Oficial da União, Brasília, 2014.

<sup>66</sup> Conforme se extrai do próprio planejamento estratégico 2016-2020 do ONS, disponível em [http://www.ons.org.br/download/institucional/planejamentoestrategico\\_2016-2020.pdf](http://www.ons.org.br/download/institucional/planejamentoestrategico_2016-2020.pdf)

<sup>67</sup> Estabelecido pelo art. 4º da Lei 10.848 de 15 de Março de 2004. O Decreto nº 5.177 de 12 de Agosto de 2004 regulamenta esse artigo, estabelecendo ainda como competência da CCEE: “Art. 2º A CCEE terá, dentre outras, as seguintes atribuições: I - promover leilões de compra e venda de energia elétrica, desde que delegado pela ANEEL; II - manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações; III - manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no Ambiente de Contratação Livre - ACL; IV - promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica; V - apurar o Preço de Liquidação de Diferenças - PLD do mercado de curto prazo por submercado; VI - efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo; VII - apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, por delegação da ANEEL, nos termos da convenção de comercialização, aplicar as respectivas penalidades; e VIII - apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo, nos termos da convenção de comercialização. IX - efetuar a estruturação e a gestão do Contrato de Energia de Reserva, do Contrato de Uso da Energia de Reserva e da Conta de Energia de Reserva; e X - celebrar o Contrato de Energia de Reserva - CER e o Contrato de Uso de Energia de Reserva - CONUER. XI – revogado; XII – revogado; XII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta no Ambiente de Contratação Regulada - CONTA-ACR, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização; XIII - efetuar a estruturação, a gestão e a liquidação financeira da Conta Centralizadora dos Recursos de Bandeiras Tarifárias, realizando as atividades necessárias para sua constituição e operacionalização”. BRASIL, **Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 2004.



Dentre as regras específicas de comercialização figura, por exemplo, a adoção de mecanismo de solução de divergências, por meio de convenção de arbitragem firmada obrigatoriamente por todos os agentes que queiram participar da CCEE.<sup>68</sup>

A CCEE realiza a contabilização de toda a energia gerada e de toda a energia consumida no SIN, atingindo um resultado final zero. A partir disso realiza a liquidação financeira, com a apuração dos valores devidos pelos agentes devedores e valores a serem recebidos pelos agentes credores.

Compete também à CCEE o registro de todos os contratos de comercialização de energia e, sob delegação da Aneel, realização de leilões de energia elétrica para venda de energia no ACR e aplicação de penalidades aos agentes que incorram em infrações.

A aplicação de penalidades e o estabelecimento de normas de comercialização de energia são realizadas pela CCEE nos termos e nos limites da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica<sup>69</sup>, criada pela Aneel com base no Decreto nº 5.163 de 30 de julho de 2004.

A competência da CCEE, portanto, apesar de sujeita à regulação e fiscalização da Aneel, transcende em muito a competência de mera entidade de direito privado. Em realidade, acaba por exercer verdadeira regulação sob o setor, conforme será melhor abordado nos tópicos seguintes.

A Empresa de Pesquisa Energética – EPE, é empresa pública vinculada ao MME, cuja finalidade é a realização de estudos, projeções e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético.

Criada pela Lei Federal nº 10.847 de 15 de Março de 2004, possui, dentre suas competências (a) realizar estudos e projeções da matriz energética brasileira; (b) elaborar e publicar o balanço energético nacional; (c) identificar e quantificar os potenciais de recursos energéticos; (d) dar suporte e participar das articulações relativas ao aproveitamento energético de rios compartilhados com países limítrofes; (e) realizar estudos para a determinação dos aproveitamentos ótimos dos potenciais hidráulicos; (f) obter a licença prévia ambiental e a declaração de disponibilidade hídrica para licitações envolvendo hidrelétricas e empreendimentos de transmissão de energia elétrica; (g)

---

<sup>68</sup> CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Arbitragem no Âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. Disponível em <[http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE\\_031552](http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552)>. Acesso em 16/10/2017.

<sup>69</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa Aneel nº 109 de 26 de Outubro de 2004**. Disponível em <[https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic\\_relacoesinst/documents/conteudoccee/ccee\\_030824.pdf](https://www.ccee.org.br/portal/wcm/idc/groups/bibpublic_relacoesinst/documents/conteudoccee/ccee_030824.pdf)>. Acesso em 18/11/2017.

elaborar estudos necessários para o desenvolvimento dos planos de expansão da geração e transmissão de energia elétrica de curto, médio e longo prazos; (h) promover estudos para dar suporte ao gerenciamento da relação reserva e produção de hidrocarbonetos no Brasil; (i) promover estudos de mercado visando definir cenários de demanda e oferta de derivados de petróleo; (j) desenvolver estudos de impacto social, viabilidade técnico-econômica e socioambiental para empreendimentos de fontes renováveis; (k) acompanhar a execução de projetos e estudos de viabilidade; (l) elaborar estudos relativos ao plano diretor para o desenvolvimento da indústria de gás natural; (m) desenvolver estudos para desenvolver o uso de fontes renováveis; (n) participar de estudos de integração energética com outros países; (o) promover estudos e produzir informações para os planos e programas de desenvolvimento energético ambientalmente sustentável e eficiência energética; (o) promover planos de metas voltadas para a utilização racional e conservação de energia; (p) promover estudos voltados para programas de apoio para a modernização e capacitação da indústria nacional; (q) desenvolver estudos para incrementar a utilização de carvão mineral nacional; e (r) elaborar e publicar estudos de inventário do potencial de energia elétrica, proveniente de fontes alternativas.<sup>70</sup>

Sob delegação da Aneel, é responsável também pela habilitação de empreendimentos nos leilões de energia.

Assim, a estrutura institucional dos agentes setoriais que atuam no setor elétrico pode ser configurada no seguinte organograma:

---

<sup>70</sup> BRASIL, **Lei nº 10.847** de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências.

Imagem 1 – Organograma do setor elétrico



Fonte: CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Visão Geral das Operações na CCEE: Versão 2010.

Como se percebe, o setor é de grande complexidade e atua sob a influência de diversos agentes diferentes que compõe a estrutura institucional adotada. O funcionamento do setor, portanto, depende do funcionamento harmônico de todos os agentes, principalmente ao considerar-se que a atuação de um deles pode interferir diretamente em todo o setor.

Diante disso, e considerando as características do setor elétrico em si, a sua evolução histórica e o arranjo institucional do setor, passa-se a analisar a regulação do setor elétrico em si, especialmente face à pluralidade de regimes jurídicos que é verificável no setor.

### **3. REGULAÇÃO: O ESTADO REGULADOR E O REGIME JURÍDICO DA ENERGIA ELÉTRICA**

#### **3.1 ESTADO REGULADOR E PLURALISMO JURÍDICO**

A evolução dos modelos de Estado, analisada no tópico anterior, somada à inserção do Brasil no processo econômico globalizante exigiu a adoção de programas de redução do papel do Estado na exploração de atividades econômicas e prestação de serviços públicos, de modo que o Estado se viu compelido a adotar práticas de gestão

modernas voltadas a demandar atenção ao aspecto econômico, ao mesmo tempo em que busca não perder de vista as funções do Estado eminentemente voltadas ao interesse público.<sup>71</sup>

Exemplo disso é a tratativa Constitucional acerca da ordem econômica que prevê, concomitantemente, a aplicação de valores como livre iniciativa, justiça social, valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, além de, em seu artigo 174 dispor que “(...) como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”.<sup>72</sup>

Assim, a assunção pelo Estado do papel de regulador deve buscar os princípios protegidos pela Constituição, intervindo na economia valendo-se de suas competências previstas no artigo 174.<sup>73</sup> Essa disposição constitucional, conforme Sergio GUERRA

foi edificada sob a ideia de que as modernas formas de administração do interesse público – em evolução para não mais ser encarado como poder supremo – devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica; isto é, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico.

Nesse cenário, o Estado vê-se compelido a adotar, ponderadamente, práticas de gestão modernas e eficazes, sem priorizar o aspecto econômico nem, tampouco, perder de vista sua função eminentemente voltada ao interesse público, direcionada ao bem de cada um dos cidadãos.<sup>74</sup>

O autor conclui, então, que a Constituição estrutura o Estado em uma democracia, com os objetivos de garantir a dignidade e o bem-estar dos cidadãos, valorizando o trabalho, a livre-iniciativa e o pluralismo político, atribuindo ao Estado função normativa e reguladora, competindo-lhe atuar de forma a promover a fiscalização, fomento e o planejamento das atividades econômicas. Portanto, conclui que “podemos extrair do texto constitucional que o Brasil se enquadra na categoria de Estado regulador”.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação Estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial. Brasília, 1988.

<sup>73</sup> MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

<sup>74</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

<sup>75</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

O Estado regulador se caracteriza pelo descongestionamento das tarefas estatais, especialmente pela descentralização de atividades econômicas que deixam de ser prestadas diretamente pelo Estado. Os impactos desse novo modelo, entretanto, não figuram apenas no âmbito da organização administrativa: o próprio Direito e a função administrativa se transformam para adequar-se, ganhando destaque o pluralismo jurídico em detrimento do Direito monista, exclusivamente estatal.

Cabe ressaltar, entretanto, que o pluralismo jurídico não é consequência única e exclusiva do Estado regulador, sendo considerado como característica do chamado direito da pós modernidade<sup>76</sup>, no sentido de que:

Legal pluralism is everywhere. There is, in every social arena one examines, a seeming multiplicity of legal orders, from the lowest local level to the most expansive global level. There are village, town, or municipal laws of various types; there are state, district or regional laws of various types; there are national, transnational and international laws of various types. In addition to these familiar bodies of law, in many societies there are more exotic forms of law, like customary law, indigenous law, religious law, or law connected to distinct ethnic or cultural groups within a society. There is also an evident increase in quasi-legal activities, from private policing and judging, to privately run prisons, to the ongoing creation of the new *lex mercatoria*, a body of transnational commercial law that is almost entirely the product of private law-making activities.<sup>77</sup>

Passa-se, portanto, um momento de transformação, evidenciado pelo deslocamento de poderes e funções públicas do Estado ao setor privado. Disso se destaca a descentralização da função normativa e a regulação, especialmente no cenário construído pelo Estado regulador.

O papel de coordenar, fiscalizar e fomentar as atividades econômicas e a iniciativa privada é característica da regulação estatal nesse modelo. Nesse sentido

<sup>76</sup> A expressão é utilizada, dentre outros autores por WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017; e STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015.

<sup>77</sup> Tradução livre: “O pluralismo jurídico está em toda parte. Há, em toda área social que se examine, uma multiplicidade de ordenamentos legais, desde o nível local menos expansivo até o mais expansivo nível global. Existem leis de vilarejos, cidades e municípios de variados tipos, existem leis estaduais, distritais ou regionais de vários tipos, existem leis nacionais, transnacionais e internacionais de vários tipos. Além desses corpos de lei familiares, em muitas sociedades existem formas mais exóticas de lei, como leis consuetudinárias, leis indígenas, leis religiosas, ou leis ligadas a grupos étnicos ou culturais dentro das sociedades. Existe também um evidente crescimento de atividades quase-legais, desde formas privadas de policiamento e julgamento, até prisões privatizadas, até a criação da nova *lex mercatoria*, um novo corpo de leis comerciais transnacionais que é produto quase inteiramente de criação legislativa privada.” TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**. Vol. 30, p. 375-410. p. 375.

Sérgio GUERRA, define a regulação como “uma espécie de intervenção estatal, porém, indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando basicamente a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais”.<sup>78</sup> Essa noção prévia é relevante para compreender o panorama do pluralismo jurídico. As funções e competências regulatórias, entretanto, serão aprofundadas em tópico a seguir.

Com a substituição do modelo de Estado administrativo-burocrático, “hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração, em que organizações não governamentais e privadas pudessem assumir a gestão de atividades econômicas e sociais antes realizadas pelo Estado”<sup>79</sup>, já não se tem um único Direito, já não se fala em uma única função administrativa, tampouco uma única função regulatória.

Da mesma maneira, também não se identifica mais um único interesse público, mas sim, como definido por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, uma multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, não sendo mais possível que a Administração assuma papel de hermeneuta autoritária do interesse público, determinando unilateralmente o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade.<sup>80</sup>

Agora, com a descentralização das atividades e diversidade de interesses públicos, o Estado passa a operar e exercer suas atividades típicas de forma especializada em cada um dos setores regulados: o Bacen tem suas próprias normas de organização, a Aneel coordena sua operação por princípios específicos, enquanto a Anatel tem seus próprios critérios de universalização dos serviços – apenas para citar alguns exemplos, que ilustram a diversidade de problemas que devem ser enfrentados pelo Direito no Estado regulador. Nesse sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO identifica que

Sob o prisma jurídico, emerge a necessidade de edição de normas específicas, aderentes às peculiaridades de cada segmento da economia sujeito à regulação, dando origem ao surgimento de subsistemas jurídicos dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprios), o que acarreta uma segmentação também dos instrumentos regulatórios em cada setor.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 75.

<sup>79</sup> CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 57-58.

<sup>80</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 157.

<sup>81</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 17.

Dentro de cada um desses universos próprios, o Direito atuará de uma determinada maneira, considerando especialmente os interesses, valores, princípios e direitos a serem protegidos dentro de cada universo próprio pertinente a cada uma das atividades econômicas reguladas. Nesse ponto, a dimensão quantitativa e a complexidade qualitativa<sup>82</sup> de cada um dos setores da economia torna o problema complexo. Assim, não bastam mais sólidos conhecimentos jurídicos para a compreensão e operação dos setores regulados, mas sim, é necessário acoplar conhecimentos técnicos dos setores específicos, que se constituirão como diversos subsistemas legais.<sup>83</sup>

A complexidade das matérias tratadas, juntamente com a pluralidade de agentes exercendo função administrativa e regulatória torna evidente a descentralização da própria legalidade. Com isso, o Direito monista vem sendo substituído por uma concepção de pluralismo jurídico.<sup>84</sup>

Esse fato conduz a uma importante alteração no Direito: já não há um único regime, global e unívoco que possa ser aplicado indistintamente a todos, gerando uma complexidade típica da regulação, que pode ser identificada pela “segmentação sem precedentes de instrumentos, processos, conceitos e mecanismos de regulação, variantes de setor para setor, aptos a desafiar os limites cognitivos do operador jurídico”.<sup>85</sup>

Isso significa que já não há uma única fonte de normas, já não há mais monopólio do Estado no exercício da função administrativa. Não existe, portanto, uma única Administração Pública, mas sim, várias Administrações Públicas,<sup>86</sup> cada uma delas com suas especificidades e com funções específicas ligadas diretamente à satisfação dos interesses públicos envolvidos em determinada área de exploração econômica.

Some-se a isso a tecnicidade de cada um desses agentes reguladores descentralizados que, ao exercer a sua própria função administrativa e regulatória deve considerar as especificidades de cada setor, deve possuir competência (legal, técnica e racional) para disciplinar os meios técnicos adequados à realização dos fins impostos à

---

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 361.

<sup>83</sup> GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

<sup>84</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003, p. 148.

<sup>85</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 25.

<sup>86</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003, p. 149.

certo segmento econômico.<sup>87</sup> A persecução do interesse público passa, portanto, por descentralização racional e processo de profissionalização, visando a desburocratização e emprego racional dos recursos.<sup>88</sup>

O caso específico do setor elétrico e os objetivos pertinentes a cada um dos entes que, de alguma maneira, exercem poder normativo e regulador sobre o setor, é relevante para demonstrar a pluralidade jurídica do Estado regulador.

Dentro de um único setor econômico – que, como visto, tem sua cadeia econômica fragmentada – diversos entes exercem poder normativo, mesmo que não estejam diretamente vinculados à Administração Pública direta. A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica é caso claro de ente privado exercendo poder normativo, sendo responsável por editar, fiscalizar e fazer cumprir as regras de comercialização de energia, aplicáveis e exigíveis de todos os agentes setoriais.

As regras de comercialização de energia elétrica envolvem uma variedade de temas, desde medição física e contábil da energia comercializada, garantias de energia, regras relativas aos contratos, exposições financeiras, balanço energético, rateio de encargos setoriais, liquidação financeira, penalidades, descontos, e etc.<sup>89</sup> Essas regras representam exemplo claro da pluralidade jurídica do Estado regulador, com a existência de ente descentralizado e não ligado à Administração Pública direta exercendo papel normativo com base em critérios técnicos e princípios específicos do setor econômico pertinente.

A pluralidade jurídica, a tecnicidade, o dinamismo das relações sociais, políticas e econômicas atuais, somados à superação da ideia de perfeição da Lei – que já não pode antecipar, prevenir ou solucionar todos os novos riscos que espreitam a modernidade<sup>90</sup> – caracterizam o Estado regulador e o papel do direito moderno.

A legislação estanque, que visa prever todas as situações possíveis e antever qualquer crise, já não é suficiente. A plenitude da Lei se mostrou inverídica e, com isso, a vinculação total do administrador à Lei já não é viável para a realização dos fins do Estado regulador.

---

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 363.

<sup>88</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 197.

<sup>89</sup> CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Regras de Comercialização**. Disponível em <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos\\_menu\\_lateral/regras?\\_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F\\_afLoop%3D581727856253483%26\\_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F_afLoop%3D581727856253483%26_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg_4)>. Acesso em 29/11/2017.

<sup>90</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003, p. 158.



Diante disso, Floriano Azevedo MARQUES NETO identifica no Estado regulador o aumento da pluralidade de fontes normativas e a quebra da estruturação vertical da norma, de modo que os subsistemas jurídicos não prescindem da produção de normas legais, mas sim, passam a ser regidos por normas abertas, que franqueiam larga margem de preenchimento de seu conteúdo ao âmbito infralegal, ou seja, ao ambiente sistêmico regulado. Disso, perde-se a uniformidade normativa e a centralização da produção do direito, o que se reforça com a dependência das normas aos interesses e peculiaridades de cada subsistema normativo. Assim, se vivencia pluralismo de fontes normativas e de órgãos legitimados a normatizar.<sup>91</sup>

Dentre as manifestações desse chamado direito pós-moderno plural, em que há concorrência entre diversas fontes do direito, se destaca também o enfraquecimento da soberania nacional em face da globalização, a contestação do monopólio estatal do direito e o surgimento de modos alternativos de produção e implementação de normas jurídicas.<sup>92</sup> No campo específico do Direito Administrativo, Daniel HACHEM identifica as mudanças na configuração política dos Estados como causas de repercussões nos sistemas de Direito Administrativo, de modo que:

ainda que se possa, contemporaneamente, identificar traços comuns de caráter geral entre os distintos ordenamentos, a ponto de se cogitar da formação de um Direito Administrativo global, não há dúvidas de que cada realidade merece uma análise pormenorizada.<sup>93</sup>

Esse panorama de contestação do monopólio estatal do direito é reforçado pela sociedade contemporânea globalizada, pela revolução tecnológica, e pela desterritorialização do Estado com a conseqüente aproximação de fronteiras, que acarretam em “grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais”.<sup>94</sup>

Dessa forma, a pluralidade de regimes jurídicos dentro desse novo Direito ascende com a globalização, especialmente pela presença de entes transnacionais e

---

<sup>91</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

<sup>92</sup> WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017.

<sup>93</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n.13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 342.

<sup>94</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015. p. 73.

sem vínculos governamentais que passam a regular e gerir as mais variadas atividades. A atuação dessas organizações globais na gestão e regulação de matérias como comércio, internet, proteção ambiental e segurança alimentar demonstra claramente a formação de um Direito extra-estatal, rompendo com fronteiras políticas nacionais. Assim, o “poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando”.<sup>95</sup>

A influência do Direito global nas normas nacionais é evidente no panorama do Estado Regulador, influenciando diretamente na forma de atuação estatal e transformando o Direito nacional. Com a globalização, ganham importância crescente os entendimentos comerciais entre estados; os blocos econômicos; as alterações homogêneas nas relações econômicas, como privatizações, livre comércio e desregulação; redução do papel do Estado em favor de instituições de mercado; e o surgimento de atores supra e transnacionais encarregados de promover e proteger tais valores.<sup>96</sup> Todas essas transformações implicam em consequentes transformações jurídicas. Dentre essas transformações, se destaca que

O Estado passou a ser palco de uma multiplicidade de atores jurídicos, incluindo não apenas o juiz, o legislador e a administração, mas também os atores privados, as associações, as grandes corporações e os usuários, dando origem a uma imbricação sistemática de funções. Multiplicaram-se os níveis de poder, internamente, mediante órgãos de regulação e auto regulação, e também em nível supranacional. Para além da multiplicação de instâncias estatais oficialmente legitimadas a produzir regras, é possível identificar um gradual debilitamento da soberania estatal, contestada tanto no plano internacional, por efeito da globalização, quanto no plano interno, com o crescimento de movimentos de “direito alternativo” que visam ao reconhecimento de ordens jurídicas sociais, não-estatais.<sup>97</sup>

No setor elétrico, caracterizado especialmente pela alta carga de investimentos necessários à realização de projetos – que, com isso, dependem de investidores externos, instituições financeiras, joint-ventures e demais estruturas jurídicas aptas a reunir o capital necessário –, a pluralidade decorrente da globalização

---

<sup>95</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015. p. 79.

<sup>96</sup> WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017.

<sup>97</sup> WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017.

ganha especial relevância. Isso por que, a redução de fronteiras que marca os processos de globalização e a influência de entes privados sobre o financiamento dos projetos influencia, diretamente, no funcionamento setorial de modo que muitas vezes as alternativas de atuação do Estado acabam suprimidas, restando apenas atuar reativamente ou adaptar-se aos efeitos dos movimentos econômicos globais<sup>98</sup> de modo que:

De fato, no momento em que o mundo percebe que a interconexão dos mercados produz a desterritorialização da economia – de tal modo que a perda de poder dos norte-americanos leva à desaceleração da atividade econômica na china e, por conseguinte, à redução do valor do aço e do minério brasileiros –, fica claro que regulação desses mercados não está, nem pode ficar confinada aos limites estatais.<sup>99</sup>

Veja-se que o capital movimentado pelo setor elétrico é imenso: apenas no recente leilão de energia elétrica (Leilão 004/2017) realizado em 18 de dezembro de 2017, pela Aneel, foram viabilizados 25 novos projetos de geração, com investimento previsto de R\$ 4.200.000.000,00.<sup>100</sup> Já o último leilão de transmissão realizado pela Aneel licitou 4.919 quilômetros de extensão de linhas de transmissão, resultando em investimentos contratados de R\$ 8.700.000.000,00.<sup>101</sup> Tais investimentos teriam sua viabilidade afetada caso a regulação setorial do setor elétrico não leve em conta a desterritorialização econômica e a influência de entes transnacionais sobre a economia local.

A relevância da aproximação de fronteiras e da desterritorialização econômica para o setor energético pode ser verificada, também, no âmbito do Mercosul, especialmente pelos sucessivos esforços dos países membros em desenvolver o intercâmbio energético e aproveitar as complementaridades energéticas do continente. Por mais que ainda não exista uma verdadeira e efetiva interconexão energética entre os membros do Mercosul, já houve reconhecimento da relevância de se eliminar barreiras ao livre comércio e assegurar condições competitivas para o mercado,

---

<sup>98</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 62.

<sup>99</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 62.

<sup>100</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Leilão 004/2017**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_geracao/documentos\\_editais.cfm?IdProgramaEdital=170](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=170)>. Acesso em 20/12/2017.

<sup>101</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Leilão 002/2017**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes\\_liferay/editais\\_transmissao/documentos\\_editais.cfm?IdProgramaEdital=169](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes_liferay/editais_transmissao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=169)>. Acesso em 20/12/2017.

visando, por exemplo “permitir a distribuidores, comercializadores e grandes demandantes de energia elétrica, contratar livremente suas fontes de abastecimento, que poderão estar localizadas em qualquer dos Estados Partes do Mercosul”<sup>102</sup> e, de uma forma mais relevante, “implementar a coordenação institucional, regulatória e técnica das atividades nacionais em matéria de projetos e obras de infraestrutura que permitam o intercâmbio de energéticos”<sup>103</sup> com a finalidade de alcançar uma efetiva integração energética entre os países membros.

A pluralidade jurídica decorrente da economia global, portanto, implica em que o Estado regulador conheça e considere as necessidades econômicas desterritorializadas e sua respectiva normatização, de modo a possibilitar certa segurança e estabilidade na regulação setorial, garantindo a continuidade de investimentos nos setores econômicos, que usualmente estão ligados com a satisfação de necessidades coletivas. A questão relativa aos massivos investimentos necessários à implementação de projetos no setor elétrico e a segurança e estabilidade serão aprofundadas adiante.

Nesse aspecto é de grande relevância ressaltar, seguindo o entendimento de Floriano Azevedo MARQUES NETO, que a superação da ideia de interesse público universal e unilateral, reconhecendo-se a relevância de interesses privados na persecução dos interesses públicos, não pode significar a perversão do funcionamento das instituições públicas, tampouco reprimir a refutação a atividades ilícitas dos agentes públicos. O que se reconhece, apenas, é que o interesse público e a atividade normativa não mais subsistem de forma absoluta, autoritária e unilateral no Estado, existindo interesses particulares legítimos, e que esses não significam contrariedade aos interesses coletivos.<sup>104</sup>

Todas essas transformações, sob um outro enfoque, implicam na própria transmutação do dever de publicidade, impondo a otimização do processo de visibilidade dos atos públicos e a coordenação de interesses e ações, caracterizando uma mudança de Administração Pública unilateral pra Administração Pública

<sup>102</sup> MERCOSUL. **Memorando de entendimento relativo aos intercâmbios elétricos e integração elétrica no Mercosul**. 1998. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisiones/PT/Dec\\_010\\_098\\_Memorando%20Entend%20Interc%C3%A2mbio%20Integ%20El%C3%A9trica%20MCS\\_At%201\\_98.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_010_098_Memorando%20Entend%20Interc%C3%A2mbio%20Integ%20El%C3%A9trica%20MCS_At%201_98.PDF)>. Acesso em 15/05/2017.

<sup>103</sup> MERCOSUL. **Acordo-Quadro sobre Complementação Energética Regional entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados**. 2005. Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-quadro-sobre-complementacao-energetica-regional-entre-os-estados-partes-do-mercosul-e-estados-associados-1/>>. Acesso em 15/05/2017.

<sup>104</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 151-152.

consensual.<sup>105</sup> Nesse contexto, a atuação estatal, especialmente quando voltada a promoção de direitos fundamentais deve acompanhar não apenas o princípio da publicidade dos atos mas, para além disso, deve ser dotada de transparência. É nesse sentido que a mera publicação de excertos dos atos praticados, sem a adoção de processos claros e transparentes, não atende à necessária transparência para a promoção dos direitos perseguidos pelo Estado regulador. Isso acarreta em um novo paradigma para construção e apresentação dos atos praticados, não incidindo a publicidade apenas nos atos finais, mas sim, no processo de confecção dos atos.<sup>106</sup>

A adoção de mecanismos de transparência é essencial na realidade transnacional enfrentada pelo Direito Administrativo atual, marcado por conexões entre diversos agentes globais que exercem funções de regulação e gestão. Com isso o Direito e, notadamente, o Direito Administrativo “deixou de ser eminentemente estatal, doméstico, interno”.<sup>107</sup>

Isso representa, do ponto de vista político, a necessidade de que a atividade regulatória seja aberta à participação da sociedade e dos atores interessados, não apenas agentes econômicos, poder público e empresas diretamente interessadas no desempenho das atividades, mas também usuários, associações representativas e todos os demais interessados. O reflexo direto do processo de participação e transparência é a redução da noção de autoridade e imposição estatal, em benefício da consensualidade.<sup>108</sup>

Esse processo de participação e de criação de consenso e negociação entre agentes reguladores, Estado e particulares envolvidos é característica marcante do modelo de Estado regulador. Isso implica na seguinte consequência: se os interesses privados e públicos envolvidos em determinada atividade devem passar a ser definidos em consenso e negociação entre Estado e particulares, a definição desses interesses, então, deixa de ser monopólio do Estado adentrando a um espaço público não-estatal. Com isso, identifica-se um enfraquecimento da imperatividade e uma ascensão da consensualidade, com redução da imposição unilateral e autoritária para a valorização

---

<sup>105</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 197.

<sup>106</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015. p. 81.

<sup>107</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015. p. 82.

<sup>108</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 17.

da participação do cidadão e dos interessados na formação da conduta administrativa, de modo que o Estado passa a assumir papel de mediação para dirimir e compor conflitos, adotando-se uma nova maneira de agir focada na colaboração.<sup>109</sup>

A redução dos processos autoritários se reforça quando considerada a própria natureza da atividade regulatória caracterizada por uma dupla atividade estatal: de um lado o regulador deve mediar interesses de atores sociais e econômicos, como por exemplo em casos de compartilhamento de infraestrutura, interconexão de redes de serviços essenciais e fixação de tarifas de serviços públicos; enquanto de outro lado, cabe ao regulador induzir e coordenar atividades em cada setor econômico específico para proteger e implementar interesses coletivos. O equilíbrio destas atividades regulatórias leva a uma redução do caráter autoritário do Estado que, entretanto, não se torna um mediador passivo, mas sim, torna-se um mediador negocial, “sem perder a tutela e consagração dos interesses das parcelas da sociedade com menor capacidade de prevalência no jogo social”.<sup>110</sup>

A adoção de processos de transparência é essencial para o bom desenvolvimento dos setores regulados e, especialmente, para a promoção de atos consensuais e negociais. Especialmente no caso da energia elétrica, dentre as falhas de mercado e distorções regulatórias existentes no setor – que serão aprofundadas no próximo capítulo – a assimetria de informações e a tomada de decisões unilaterais podem causar grandes impactos (externalidades negativas) no setor, constituindo relevantes temas para debate e análise. Sendo assim, a transparência transcende da esfera de mera formalidade – como ocorre em atos praticados unilateralmente cuja publicidade se resume à publicação de excertos no diário oficial – e passa a integrar a própria essência e legitimidade dos atos regulatórios praticados.

A regulação no plano interno, por sua vez, também é marcada pelas características da pluralização. Isso por que o Direito derivado do processo legislativo, decorrente da Constituição e da Lei formal, abre espaço para o Direito advindo de regulamentos e de entes descentralizados, que passam a exercer forte poder normativo.

Veja-se que mesmo em ambiente regulatório interno, a normatização transcende as tradicionais ferramentas do Direito, não se enquadrando na

---

<sup>109</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jul 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 25/10/2017. p. 2.

<sup>110</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p.17.

normatividade típica dos ordenamentos internos.<sup>111</sup> As normas incidentes sobre determinada atividade, agora, não são oriundas apenas da Lei, mas sim, passam a emanar de uma pluralidade de entes responsáveis por regular as atividades setoriais, seja por meio de portarias, decretos, resoluções normativas ou demais instrumentos de regulação, não há mais exclusividade da Lei na disciplina de atividades.

Chega-se, aqui, a um ponto crucial: a crise da legalidade e o reconhecimento da imperfeição da Lei em si. Paulo OTERO defende que, por mais paradoxal que possa ser, somente uma intencional imperfeição e incompletude da Lei pode salvar as leis de uma vigência efêmera. O recurso a enumerações exemplificativas, a fuga para cláusulas gerais, o estabelecimento de critérios materiais de ponderação através do estabelecimento de fins e objetivos de ação, se tornam inevitáveis, deixando para o aplicador administrativo ou jurisdicional a concretização do Direito em si.<sup>112</sup>

A Lei nº 9.427, que institui a Aneel é marcante para demonstrar esse fato, isso por que a lei define, logo no artigo segundo, as finalidades da agência como “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. A competência da Agência é definida, de forma geral, pelos termos “regular” e “fiscalizar” – expressões notadamente dotadas de generalidade. Mesmo nos incisos do artigo segundo,<sup>113</sup> que especificam as competências específicas da agência, ainda se nota grande generalidade e estabelecimento de objetivos de ação com base em critérios vagos e conceitos jurídicos abertos.

---

<sup>111</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 63.

<sup>112</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003, p. 159.

<sup>113</sup> O artigo 3º da Lei nº 9.427 especifica outras atribuições da Aneel, entretanto, mantém o caráter de generalidade e exemplificação, indicando apenas fins e objetivos de ação e utilizando termos genéricos. Veja-se, por exemplo: “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: (...)”

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; (...)

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

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; (...)

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (...)”.

Isso aumenta a responsabilidade e a importância dos entes reguladores na consecução de seus objetivos, afinal, agora cabe a esses entes, com base nas diretrizes gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados apresentados pela Lei, escolher qual a melhor forma de persecução do interesse público, qual a melhor forma de atendimento aos fins ao qual se destina a entidade e qual a melhor forma de atendimento aos direitos fundamentais envolvidos. A discricionariedade, assim, ganha destaque no Estado regulador.

A discricionariedade, entretanto, deve ser orientada no sentido de garantir a melhor gestão pública, atingir os objetivos delimitados para determinada política pública e atentar-se ao planejamento estratégico da Administração que, segundo Angela Cassia COSTALDELLO contém dois marcos: o caminho a ser seguido e os resultados a serem obtidos pelas políticas públicas. Assim, a avaliação da gestão envolve apreciar a própria discricionariedade, tanto quanto a opção do administrador, quanto ao modo de execução e seus destinatários.<sup>114</sup>

O poder discricionário, na acepção de Celso Antônio Bandeira de MELLO difere-se da atuação plenamente vinculada da administração pública por ser esta a única escolha possível, enquanto, aquela, resulta para o administrador um campo de liberdade quanto a maneira de proceder no caso concreto. O autor, entretanto, ressalta que o poder discricionário se resume em “simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”, constituindo-se mais como um dever discricionário.<sup>115</sup>

Nesse cenário o Direito, já sem trazer todas as respostas e inapto a atender aos rápidos anseios da sociedade moderna especialmente se considerada a velocidade da evolução tecnológica e das alterações das necessidades humanas, e privilegiando a discricionariedade administrativa, abre espaço para a chamada “escolha regulatória”. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO a define como uma discricionariedade a partir do âmbito operativo no manejo de processos, como uma resposta multifuncional aos grandes desafios postos pela complexidade, tecnicidade e mutabilidade contemporânea, tudo visando possibilitar

a tomada de decisão mais adequada para os problemas gerenciais enfrentados pela administração pública, tanto a estatal como a extraestatal, o que vale dizer: para implementar soluções que

---

<sup>114</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010. p. 20-27.

<sup>115</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 9-14.



incrementem a eficiência das escolhas públicas com vistas à realização da boa administração.<sup>116</sup>

A escolha regulatória pode ser identificada como uma nova categoria das escolhas administrativas de patente singularidade, exercida no âmbito da regulação de atividades econômicas pelo Estado que, valendo-se de sua estrutura, busca equilibrar os subsistemas regulados, ajustando falhas de mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes e protegendo a dignidade da pessoa humana.<sup>117</sup>

A regulação, para alcançar seus objetivos deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, baseando-se em uma visão prospectiva, afastando-se das decisões de momento e insustentáveis. Disso decorre que a base da escolha regulatória, então, deve ser a preponderância técnica, reduzida à pura discricionariedade.<sup>118</sup>

Assim, o Estado regulador se caracteriza pela descentralização de funções normativas, com o exercício de regulação por entes diversos, quebrando-se com a tradição monista de completude da Lei.

Caracterizado o Estado regulador e a pluralidade do Direito, marcante para o modelo adotado, cabe agora, abordar uma questão relevante antes de adentrar à análise específica da regulação: o regime jurídico aplicável ao setor elétrico.

Essa análise é relevante por que, se agora assume-se que a desverticalização dos serviços de energia implicaram em diferentes atividades econômicas dentro de um único setor, cada qual com seu regime jurídico; e se assume-se que há descentralização da legalidade e exercício de poder normativo por entes extra-estatais, dotados de discricionariedade na tomada de suas decisões; deve-se compreender a exata dimensão do regime jurídico aplicável às atividades do setor elétrico para garantir que esse poder normativo seja exercido com base nos critérios e especificidades de cada atividade econômica desempenhada, guiando o regulador à respostas compatíveis com o regime jurídico dessa atividade.

Diante disso, passa-se a analisar os diferentes regimes jurídicos incidentes sobre as atividades desempenhadas na cadeia econômica do setor elétrico, expondo os requisitos que vão determinar a diferenciação entre essas atividades e a

---

<sup>116</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade Administrativa das Autoridades Reguladoras e Aplicação das Noras Punitivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, mai/ago. 2010. p. 95-108.

<sup>117</sup> GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

<sup>118</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 75.

diferenciação entre seu regime jurídico para, então, compreender a regulação do setor elétrico em si e as funções desempenhadas por essa regulação.

## 3.2 ATIVIDADES ECONÔMICAS E OS DIFERENTES REGIMES JURÍDICOS DO SETOR ELÉTRICO

### 3.2.1 A energia elétrica entre atividades econômicas e serviços públicos

A Constituição estabelece, em seu artigo 21, XII, “b” que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão 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”. A norma constitucional, entretanto, não define de forma taxativa o regime jurídico de exploração desses serviços de energia elétrica, razão pela qual, a discussão desse tópico ganha relevância e merece abordar diferentes pontos de vista sobre o tema.

Segundo entendimento de Eros Roberto GRAU, a Constituição ao tratar da ordem econômica utiliza a expressão “atividade econômica” em sentido amplo, ou seja, como gênero dos quais são espécies a “atividade econômica em sentido estrito” e o “serviço público”.<sup>119 120</sup>

A Constituição prevê, em seu artigo 173, as hipóteses – relevante interesse coletivo e imperativo da segurança nacional – em que é permitido ao Estado exploração direta de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, os casos em que o Estado atua como agente econômico em área de titularidade do setor privado, sendo regido, portanto, por regime privado.<sup>121</sup>

Já em seu artigo 175, a Constituição trata da competência do Poder Público para prestar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, os serviços públicos. Frise-se que, para Eros Roberto GRAU, o termo atividade econômica engloba o serviço público por que este está voltado “a satisfação de necessidades, o que envolve a

---

<sup>119</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101-103.

<sup>120</sup> O autor chega a identificar uma terceira espécie de atividade econômica em sentido amplo: as atividades ilícitas, compreendidas como “atividades econômicas em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 102). Entretanto, a análise e aprofundamento sobre essa classificação foge ao tema e delimitação do presente trabalho.

<sup>121</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 103.

utilização de bens e serviços, recursos escassos, daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica”.<sup>122</sup>

Assim, o gênero atividade econômica compreende os campos da atividade econômica em estrito e do serviço público, sendo que “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a vinculação social”.<sup>123</sup>

Diante disso, surge uma questão relevante: qual a natureza dos serviços referidos pela Constituição para o setor elétrico?

A discussão proposta se reforça pelo exposto panorama do Estado regulador, que passou a admitir a exploração de serviços públicos em regime privado inclusive por meio de autorizações, instaurando gradativa competição entre prestadores e sujeitando-os a regime de regulação e defesa da concorrência.<sup>124</sup> Essa realidade se identifica especialmente no setor elétrico que, como será visto neste tópico, é marcado por uma pluralidade de regimes jurídicos, inclusive com casos em que há desenvolvimento concomitante, por um único ente, de atividade econômica em sentido estrito e serviço público, como será visto a seguir.

A questão é dotada de relevância no sentido de que, uma vez caracterizado um serviço como serviço público, o regime jurídico – e conseqüentemente a regulação estatal – incidente sobre tal serviço será diferenciado, isso por que, como define Luiz Alberto BLANCHET, o serviço público está remetido a regime de direito público e visa a satisfação de necessidade ou a criação de utilidades, ambas de interesse coletivo.<sup>125</sup> As atividades econômicas em sentido estrito, por sua vez, são dotadas majoritariamente de regime privado, ao mesmo tempo em que podem ser dotadas de relevante interesse coletivo. Isso também demanda regime jurídico específico – diferente do regime do serviço público – e influenciará na intensidade da regulação.

O serviço público, entretanto, é instituto em constante transformação. Isso por que, segundo Eros Roberto GRAU, é caracterizado como a atividade definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e interdependência social.<sup>126</sup> É nesse sentido, e

---

<sup>122</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 101.

<sup>123</sup> GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 262.

<sup>124</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jul 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 25/10/2017. p. 2.

<sup>125</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 22.

<sup>126</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 135.

corroborando com a ideia de transformação dos institutos jurídicos face aos interesses do Estado e da sociedade em determinado momento histórico, que Dinorá Adelaide Musetti GROTTI afirma que

Só se entende o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo à vista da Sociedade sobre a qual se projete. Sem um conhecimento das ideias que presidem a vida social e política em cada momento histórico não se compreende bem os conceitos jurídicos, nem as leis que imperam nesse momento.

As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a Sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. Estas relações são dinâmicas e se alteram de acordo com as circunstâncias ideológicas políticas sociais e econômicas que vão apresentado nas distintas épocas e nos diferentes países. E as instituições jurídicas nunca se mantêm incólumes frente às transformações, pois, para poderem sobreviver, precisam adaptar-se às exigências da realidade.

A ideia de serviço público é um bom exemplo deste processo de adaptação das transformações operadas no curso deste século, pois é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica.<sup>127</sup>

A evolução dos institutos jurídicos – e notadamente do serviço público – pode ser especialmente verificada nos serviços de energia elétrica.

A energia elétrica, e conseqüentemente a boa prestação de todos os serviços relativos à sua cadeia econômica, é cada dia mais essencial à coletividade e mais imprescindível à realização de qualquer tarefa cotidiana. Essa essencialidade se reforça na medida em que o tempo transcorre: a energia elétrica é mais essencial hoje do que foi em 1988, como demonstrado pela própria evolução histórica do setor, que teve seu início com discretos sistemas geradores isolados e, hoje, opera de forma interligada por todo o país. Somado a esse fato, deve se considerar que se trata de setor econômico marcado por constantes e rápidas evoluções tecnológicas. Sendo assim, os institutos jurídicos aplicáveis e a atuação estatal no setor elétrico não podem se manter estanques face às exigências da realidade, afinal, se o setor é cada dia mais essencial à “vinculação social” e, além disso, passa por evolução tecnológica constante, os institutos jurídicos devem transformar-se para se adaptar às exigências da realidade e promover a melhoria na prestação desses serviços.

No campo específico do Direito Administrativo, Alexandre Santos ARAGÃO destaca que esses novos fenômenos representam evoluções decorrentes da evolução

---

<sup>127</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

do Estado e da sociedade, no sentido de que o Direito Administrativo “continua a se transformar em razão das alterações sociopolíticas ocorridas no Estado”.<sup>128</sup>

Exatamente por conta das constantes transformações às quais se sujeita o instituto jurídico do serviço público, não se se fala em conceito (ou, ainda, conceito indeterminado), mas sim, em noção de serviço público, no sentido de “uma ideia que se desenvolve em si mesma por contradições e superações sucessivas”.<sup>129</sup>

Dentre as noções de serviço público, cabe destacar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que baseia grande parte do entendimento doutrinário atual, no sentido de que serviço público se caracteriza como

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>130</sup>

Sobre essa definição cabe destacar que o entendimento do autor de que o “serviço público é atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinado à satisfação da coletividade” corrobora com a visão de Eros Roberto GRAU inicialmente exposta, no sentido de que o serviço público é atividade econômica destinada a satisfação de necessidades com base na utilização de recursos escassos.

A caracterização de uma atividade econômica como serviço público pode ser compreendida com base em três elementos essenciais: (a) subjetivo, (b) material e (c) formal. Sobre esses elementos do serviço público, Daniel Wunder HACHEM afirma que o elemento (a) subjetivo consiste na titularidade do Estado, a quem incumbe assegurar a prestação contínua dos serviços, diretamente ou por meio de sujeitos privados por concessão ou permissão; o (b) material diz respeito ao fato de se tratar de uma atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, quer dizer, de prestações fáticas destinadas à satisfação de relevantes necessidades dos seres humanos, direta ou indiretamente ligadas à promoção da dignidade da pessoa humana; e o (c) formal se refere ao regime jurídico especial conferido à prestação dessas

---

<sup>128</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 9.

<sup>129</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671.

atividades, composto por princípios e regras de Direito Público, que em por objetivo garantir a prestação adequada, com qualidade e acessibilidade.<sup>131</sup>

O autor conclui que, dos três critérios adotados, é o critério material o mais decisivo para caracterizar uma atividade como serviço público, isso por que

É o fato de a atividade envolver a prestação de utilidades e comodidades materiais voltadas à satisfação de relevantes necessidades humanas que gera ao Estado a obrigação de garantir o seu fornecimento permanente (por suas próprias entidades ou por quem lhe faça as vezes) e que faz nascer a necessidade de sujeitá-la a um plexo de normas jurídicas de Direito Público, capaz de proporcionar o seu oferecimento sob condições protetivas ao cidadão.<sup>132</sup>

Analisando os serviços de energia elétrica, as atividades do setor parecem enquadrar-se claramente em dois dos três critérios: (a) por força do artigo 21, XII, “b”, da Constituição são serviços de competência do Estado, a quem incumbe prestar diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, o que preenche o critério subjetivo; (b) tratam de serviços de prestação de utilidade material direta ou indiretamente relacionada à satisfação de necessidades humanas diretamente ligadas à promoção da dignidade. Já quanto ao terceiro critério (c) não há como afirmar, de modo geral, que todas as atividades e serviços de energia elétrica – em sentido amplo e sem distinção entre as diferentes atividades da cadeia econômica – possuem regime jurídico especial composto por princípios e regras de Direito Público, sujeitando-se à prestação adequada com acessibilidade e qualidade. Isso por que nem todos os serviços estão sujeitos a princípios e regras do direito público, tampouco estão sujeitos à deveres de acessibilidade e qualidade.

O terceiro critério, que trata do regime jurídico especial, é o que será melhor abordado neste tópico. Isso por que impactará diretamente na forma de prestação dos serviços e na intensidade da regulação estatal incidente, a depender da atividade exercida e de sua vinculação – direta ou indireta – com a realização dos interesses coletivos envolvidos. Marçal JUSTEN FILHO destaca que a aplicação do regime jurídico de serviço é uma consequência da atividade em si:

---

<sup>131</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Direito Fundamental ao Serviço Público Adequado e Capacidade Econômica do Cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p.127.

<sup>132</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Direito Fundamental ao Serviço Público Adequado e Capacidade Econômica do Cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p.127.

Assim, deve reconhecer-se que a questão forma é logicamente dependente de outras duas. Sem dúvida, o serviço público se peculiariza pela existência de um regime jurídico específico. Mas a aplicação desse regime depende da presença de certos requisitos. Todo serviço público está sujeito ao regime de direito público, mas nem toda atividade (estatal ou privada) é um serviço público. Uma questão fundamental, portanto, reside em determinar quando e porque uma atividade pode (ou deve) ser considerada serviço público e, desse modo, submeter-se a um regime jurídico peculiar. Então, considerar a questão sob o enfoque específico do regime jurídico fornece subsídios para responder à pergunta “o que é serviço público” mas não propicia elementos para outra indagação fundamental que versa sobre “o que pode ser considerado como serviço público”.<sup>133</sup>

Essa afirmação evidencia um desdobramento do questionamento levantado no início deste tópico, e representa uma das principais questões a serem abordadas: o que, dentre as atividades desempenhadas na cadeia econômica do setor elétrico, pode ser considerado serviço público e qual o regime jurídico pertinente às atividades econômicas da energia elétrica?

A questão se torna mais complexa ao considerar que os serviços de energia elétrica, na acepção de Marçal JUSTEN FILHO tratam-se dos serviços que não devem ser prestados em caráter de monopólio – estatal ou privado – pois há plenas condições técnicas e econômicas para que o serviço seja prestado em caráter competitivo. São, segundo o autor, os ditos “serviços públicos não privativos” do Estado.<sup>134</sup>

Na definição de Celso Antonio Bandeira de MELLO os serviços de energia elétrica enquadram-se como os “serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não o prestando, terá de promover-lhe prestação mediante concessão ou permissão”.<sup>135</sup>

Da análise do dispositivo constitucional que trata da competência para dispor sobre os serviços de energia, Vitor Rhein SCHIRATO conclui expressamente que:

parece-me que o artigo 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal simplesmente impôs o mercado de energia elétrica a um controle da União Federal, sem determinar, automaticamente, que todas as atividades nele desenvolvidas são serviços públicos. Tanto é assim que, como se verá mais adiante neste estudo, há atividades submetidas ao regime de serviço público e atividades não sujeitas a esse regime, simplesmente reguladas pela União Federal.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética: 2003. p. 20.

<sup>134</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 749-750

<sup>135</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 689.

<sup>136</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016. p. 255.

Reside, então, no setor elétrico, pluralidade de regimes jurídicos, a depender da atividade desenvolvida que, conforme suas peculiaridades e regime normativo, podem ser definidas como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, entretanto, em qualquer das hipóteses, incidirá regulação.

Essa espécie de atividade, na acepção de Alexandre Santos de ARAGÃO, recebe diversos nomes: serviço público impróprio, serviço público virtual, atividades privadas de interesse público ou atividades privadas de relevância pública. Independente da nomenclatura adotada, essa espécie de serviço público representa uma linha fronteira entre a esfera público estatal (serviços e monopólios públicos) e a esfera privada (livre mercado). Isso ocorre por tratarem-se de atividades que, por um lado, são qualificadas como privadas enquanto, por outro, são dotadas de interesse público e que, portanto, acabam sujeitas a uma permanente e incisiva regulação estatal.<sup>137</sup>

O modelo institucional adotado para o setor elétrico estabelecido a partir de 2004, especialmente pela Lei Federal nº 10.848, demonstrou clara intenção de utilizar as empresas estatais como instrumentos de realização de políticas públicas setoriais, notadamente, de expansão da atividade e garantia do fornecimento de energia elétrica a custos aceitáveis para os usuários, sem, com isso, abdicar das funções regulatórias da atividade.<sup>138</sup> Isso demonstra, desde logo, a pluralidade de regimes jurídicos verificáveis no setor elétrico.

A pluralidade de regimes jurídicos se intensifica quando considerado que não se resume à distinção entre atividade econômica e serviço público, mas sim, considera que dentro do setor elétrico convivem: (a) entidades privadas e entidades estatais; (b) exploradores de atividade econômica em sentido estrito e prestadores de serviço público; (c) atividades desenvolvidas em regime de monopólio e atividades em regime de competição; (e) agentes voltados à realização de políticas públicas e agentes voltados à interesses privados; (f) atividades sujeitas a intensa regulação estatal e atividades desreguladas. Esse contexto evidencia a pluralidade de regimes jurídicos dentro do setor elétrico, e todos esses fatores são preponderantes na definição do regime jurídico de exploração de determinada atividade.

---

<sup>137</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 401.

<sup>138</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. p. 16. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69232>>. Acesso em: 22/11/2017.



Essa pluralidade gera questionamentos sobre o regime jurídico pertinente ao setor elétrico. Isso se reforça especialmente por determinadas atividades do setor elétrico se aproximarem muito de atividades econômicas em sentido estrito, definidas por Vítor Rhein SCHIRATO como

atividades econômicas em sentido estrito são todas as atividades que tenham como resultado a movimentação de riqueza, excepcionados os serviços públicos, realizadas preferencialmente pela iniciativa privada em regime de livre iniciativa e livre concorrência de acordo exclusivamente com os critérios considerados adequados pelos particulares para a satisfação de seus interesses, sob um regime de direito privado.<sup>139</sup>

A principal distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, segundo Marçal JUSTEN FILHO reside na relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana, de modo que quando se aludir à satisfação de uma necessidade essencial, indicando um vínculo direto e imediato entre a atividade e a dignidade da pessoa humana, com obrigatoriedade de satisfação dessa necessidade, se caracterizará um serviço público.<sup>140</sup> Assim:

A atividade de serviço público envolve, então, aspecto econômico na acepção de que o atendimento a necessidades humanas relacionadas imediatamente à dignidade da pessoa humana pressupõe a alocação de recursos escassos. Sob esse ângulo, seria necessário reconhecer que a exploração dos recursos escassos necessários ao atendimento às necessidades fundamentais envolve uma racionalidade muito mais intensa do que se passa a propósito das demais atividades. Afinal, trata-se de servir às demandas mais essenciais dos seres humanos – logo, devem ser adotadas todas as decisões que ampliem a eficiência na utilização dos recursos, propiciando a melhor satisfação para o mais amplo número de beneficiários.<sup>141</sup>

A título de ilustração, veja-se o exemplo das atividades pertinentes à geração de energia elétrica, definidas no primeiro capítulo. As atividades desempenhadas por autoprodutores de energia elétrica, por exemplo, podem, em uma análise superficial, serem entendidas como eminentemente privadas, afinal, o agente está desempenhando atividade de geração de energia para consumo próprio, em regime de livre iniciativa e de direito privado, de acordo com critérios considerados

---

<sup>139</sup> SCHIRATO, Vítor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 239, p. 211, jan./mar. 2005.p. 216.

<sup>140</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética: 2003. p. 21.

<sup>141</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética: 2003. p. 21.

adequadas para a satisfação dos seus próprios interesses. A análise superficial dessa atividade parece se enquadrar perfeitamente na descrição de atividade econômica em sentido estrito de Vitor Rhein SCHIRATO, exposta acima.

Entretanto, se analisado sob um aspecto amplo – e considerando que o setor elétrico opera de forma interligada, como exposto anteriormente – é imperioso reconhecer que a atuação de determinado agente, mesmo que autoprodutor, impacta diretamente nas relações jurídicas e econômicas de todos os outros agentes setoriais, inclusive consumidores e usuários de serviço público. Isso por que a atividade de autoprodução gera impactos diretos nas transações, entregas e retiradas de energia do sistema, causando efeitos sucessivos em todos os agentes setoriais. Em um exemplo hipotético, o autoprodutor é empresa que, por gerar a própria energia, deixará de adquirir energia das distribuidoras de energia elétrica ou do ambiente de contratação livre, impactando diretamente no volume de trocas energéticas, no planejamento setorial, na quantidade de energia adquirida pelas concessionárias de distribuição de serviço público, na quantidade de energia transportada pelas concessionárias de transmissão de energia e no uso dos recursos escassos que envolvem o setor. Tudo isso, em última análise, gera impactos diretos na satisfação dos interesses coletivos – e na promoção da dignidade humana – típicos do setor elétrico.

A relevância dessa discussão reside no seguinte: a regulação do setor elétrico, por conta do interesse coletivo que reside na energia e por conta dos efeitos que a atuação de qualquer agente pode causar na cadeia econômica, incide tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas em sentido estrito, entretanto, incidirá em maior ou menor grau a depender da atividade desempenhada e da satisfação do interesse público envolvido. Floriano de Azevedo MARQUES NETO alerta que, mesmo nos casos em que predomine a liberdade de empresa e aparentemente não haja incidência de regulação estatal “haverá, residual e reativamente, alguma incidência de regulação estatal seja no âmbito da proteção ambiental, seja ainda no tocante à defesa do consumidor”.<sup>142</sup> A regulação do setor elétrico, entretanto, ultrapassa essas duas questões, mesmo nos casos em que predomina liberdade de empresa.

Assim, é identificado por Vital MOREIRA uma relação inversa entre a atividade econômica diretamente desempenhada pelo Estado e a sua atividade regulatória: quanto maior for a atividade econômica, menor será a regulação. Por isso,

---

<sup>142</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 21/12/2016.

a redução do aparelho estatal típica do Estado regulador, sobretudo na área dos serviços públicos, implica em maior regulação.<sup>143</sup>

Essa argumentação é reforçada pelo entendimento de Cristiana Maria Melhado Araújo LIMA de que a proximidade dos modelos econômicos da exploração de serviços públicos com o das atividades econômicas resulta na proximidade dos respectivos modelos jurídicos. A autora afirma que

Diante da sua diversificação, os serviços públicos não podem ser tratados e disciplinados de modo uniforme, e cada um, pelas suas peculiaridades, é objeto de um universo jurídico com especialidades muito próprias, não sendo viável explicar tudo globalmente. Daí, sustenta a mudança total de enfoque: deve-se deixar de lado a discussão sobre o caráter público ou privado de um determinado serviço para se buscar identificar como ele é regulado pelo Estado nos mais diversos aspectos.<sup>144</sup>

No setor elétrico essa afirmação pode ser ilustrada, especialmente, pela situação acima exposta, que demonstra que qualquer atividade desempenhada, mesmo que aparentemente trate-se de atividade econômica em sentido estrito regida pela livre iniciativa, gera impactos diretos em todo o setor e, conseqüentemente, na realização dos interesses públicos envolvidos. Por essa razão, independente da atividade se caracterizar como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, haverá incidência da regulação estatal, em maior ou menor escala, de modo que não se encontra uma explicação única e global para todas as situações do setor elétrico.

Se por um lado as atividades econômicas em sentido estrito dotadas de interesse coletivo estão sujeitas a regulação estatal, por outro, ainda são atividades econômicas eminentemente privadas, sendo prestadas por particulares por direito próprio. Alexandre Santos de ARAGÃO identifica duas características que demonstram essa dualidade, devendo se buscar o necessário e delicado equilíbrio entre elas: (a) as empresas exercem essas atividades de interesse coletivo não por uma decisão política do Estado, mas sim por direito próprio, o que não impede, entretanto, que se sujeitem a prévia autorização e regulação que pode, inclusive, alcançar aspectos essenciais do desenvolvimento da atividade e o conteúdo mínimo das prestações; e (b) essas competências autorizatórias e regulatórias da Administração não podem ser impostas como se as atividades fossem prestadas pelo próprio Estado e não pela iniciativa privada, o que permite apenas a funcionalização e instrumentalização dos entes

---

<sup>143</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 38.

<sup>144</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 147.

privados para a realização de políticas públicas, mas não a imposição de obrigação de executá-las.<sup>145</sup>

Isso não significa afirmar, entretanto, que é irrelevante a distinção entre serviço público e exploração de atividade econômica em sentido estrito, isso por que a regulação estatal se torna de maior intensidade nos serviços públicos do que a experimentada pelas atividades econômicas.<sup>146</sup>

Essa diferença de incidência regulatória pode, inicialmente, ser identificada no entendimento de Alexandre Santos ARAGÃO de que as atividades econômicas de interesse público, por mais que se admita a possibilidade de restrições impostas pelo Estado visando garantir o interesse coletivo presente, estão protegidas pelo direito a livre iniciativa (entendido pelo autor como direito fundamental a livre iniciativa), o que as diferencia dos serviços públicos, que só podem ser prestados quando, como e enquanto o Estado politicamente assim decidir.<sup>147</sup>

Nesse sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO identifica a regulação estatal sobre serviços públicos como decorrente do próprio processo de transferência da exploração das atividades à iniciativa privada, de modo que, com essa transferência passa a existir diferenciação entre regulador e explorador da atividade, que deverá exercer suas atividades sob regime público. Assim sendo, a necessidade de regulação sobre a atuação do explorador privado em regime público visa (a) assegurar o cumprimento dos pressupostos da outorga de serviço público; garantir a perenidade e universalização da prestação; e (b) assegurar a preservação dos bens vinculados à atividade; concluindo, portanto, que se determinada atividade é considerada serviço público “é por ter alguma relevância social, sendo natural que seja explorada de modo contínuo e extensivo à maior parcela da população possível. Isso justifica a existência de uma forte regulação”.<sup>148</sup>

Portanto, e considerando a maior vinculação dos serviços públicos à satisfação dos interesses coletivos, o que diferencia o grau de regulação estatal é a relação, direta ou indireta, entre a atividade desenvolvida e a satisfação dos interesses coletivos envolvidos.

---

<sup>145</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Natureza Jurídica da Geração de Energia Elétrica. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica**: tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. p. 38-39.

<sup>146</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 151.

<sup>147</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas. In: **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171.

<sup>148</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 20.

Para além da satisfação dos interesses coletivos, Romeu Felipe BACELLAR FILHO identifica os serviços públicos como possuidores de instrumentalidade em relação aos direitos fundamentais, constituindo meio para realização prática do valor máximo do sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana. Diante disso, o autor defende a existência de direito fundamental ao serviço público adequado.<sup>149</sup> Nesse sentido, os serviços públicos transcendem ao simples atendimento de interesses coletivos, mas sim, se mostram ligados à realização de valores essenciais ao próprio ordenamento jurídico.

A conclusão que se chega, assim, é de que atividades diretamente relacionadas à satisfação de direitos fundamentais acabam sofrendo uma maior intervenção estatal e, especialmente os serviços públicos, estão sujeitos a intensa regulação, tendo seu regime jurídico vinculado ao dever de garantir a universalidade, modicidade e a continuidade dos serviços, além de cumprir com determinações e políticas dos reguladores. Isso por que, segundo Odete MEDAUAR, nos serviços públicos há relação de interdependência entre a atividade e a Administração, com a presença orgânica desta na atividade face à sua vinculação direta. Assim, a Administração exerce controle permanente sobre o executor do serviço público, para além da aplicação de medidas decorrentes do poder de polícia, assumindo parte preponderante na organização da atividade. A diferença entre o serviço público e a atividade econômica regulada, assim, reside na presença orgânica da Administração na organização da atividade.<sup>150</sup>

A continuidade é estreitamente ligada à própria essência do serviço público e parte essencial da organização dessa atividade. Expressa-se como exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção além daquelas previstas na regulamentação aplicável, isso por que o serviço público é indispensável à consecução dos interesses coletivos envolvidos.<sup>151</sup> Eros Roberto GRAU ao analisar a atividade de radiodifusão no Brasil e o dever de continuidade inerente ao serviço público, concluiu o seguinte:

Tem-se nitidamente, assim, que a atividade desenvolvida pelas empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens é explicitamente definida pela Constituição como indispensável à realização e ao

---

<sup>149</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, p. 153-162, out./dez. 2002. p. 155.

<sup>150</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., 1998

<sup>151</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 137.

desenvolvimento da coesão e da interdependência social – ou, em outros termos, explicitamente definida pela constituição como serviço existencial relativamente à sociedade.

Não há dúvida, portanto, quanto a este ponto: no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público. Essa atividade é prestada mediante delegação do Poder Público, ademais estando sujeita a regime jurídico especial, demarcado pela própria Constituição. As relações estabelecidas entre o delegante e o delegado são de direito público – o que satisfaz plenamente inclusive a doutrina que faz residir no regime jurídico o critério, formal, da identificação do serviço público. Sendo assim, sobre ela incide o princípio da continuidade do serviço público.

<sup>152</sup>

A conclusão do autor, de forma análoga, pode ser aplicada ao setor elétrico. Assim como no caso analisado pelo autor, a Constituição reconhece os serviços de energia elétrica como indispensáveis e de relevante interesse coletivo, sendo prestados mediante concessão, autorização ou permissão do poder público. Portanto, de acordo com a visão externada pelo autor, os serviços de energia se enquadrariam na concepção de serviço público, estando sujeitos ao dever de continuidade.

Considerando o entendimento que Eros Roberto GRAU aplicou ao setor de telecomunicações, deve-se fazer uma ressalva relevante: a segregação das atividades da cadeia econômica do setor elétrico implica no fato de que, por mais que permita se considerar a existência de relação de direito público entre delegante e delegado, ainda há atividades que não estão ligadas à satisfação de direitos fundamentais (por exemplo, atividades de comercialização e autoprodução de energia, que por mais que componham o relevante interesse coletivo do setor elétrico, não estão vinculadas diretamente à satisfação de direitos fundamentais), razão pela qual não se pode afirmar que todas as atividades do setor elétrico, indiscriminadamente, são consideradas serviço público.

Às atividades de energia elétrica que se enquadrem como serviço público cabe o dever de universalização, que corresponde ao “dever de levar a toda a sociedade a prestação do serviço definido como público”.<sup>153</sup> O ordenamento jurídico reconhece e define os serviços públicos como de acesso necessário a todos os cidadãos, imputando ao Estado o dever de cumprir com esse objetivo de modo que, mais adequado será o serviço público quanto mais universal for sua prestação.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 138.

<sup>153</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259.

<sup>154</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259-261.

Já a modicidade tarifária trata de instituto jurídico segundo o qual a tarifa paga pelo serviço deve ser a mais módica possível face ao serviço a ser administrado e prestado. Importante destacar, entretanto, que a modicidade tarifária não implica em desconexão com a prestação do serviço adequado. Ambos os conceitos, em realidade, são complementares. Isso por que a tarifa a ser paga resulta de cálculos e estudos realizados tanto pelo poder concedente como pelo concessionário e, é por meio desta tarifa que se instala a prestação do serviço público. Essa equação se caracteriza por uma composição entre retorno financeiro ao particular prestador do serviço público e qualidade do atendimento aos usuários, sendo a busca pelo equilíbrio entre esses dois fatores o que caracteriza o equilíbrio econômico financeiro das concessões de serviço público. A matéria, portanto, é complexa e cabe ao poder concedente – e consequentemente aos agentes reguladores – buscar atingir o resultado ótimo dessa equação.<sup>155</sup>

A conclusão a que se chega, portanto, é que parte das atividades do setor elétrico é marcada pelas características, requisitos e especialmente pelo dever de prestação sob regime de serviço público, devendo obedecer, portanto, ao seu regime jurídico específico marcado pela continuidade, modicidade e universalidade; outra parte das atividades, por sua vez, é exercida em caráter de atividade econômica em sentido estrito que, apesar de regida pela livre iniciativa, também está dotada de relevante interesse coletivo por impactar diretamente em todos os agentes setoriais e, por isso, também é alvo de regulação estatal.

Assim, exposto o panorama geral sobre a diversidade de regimes jurídicos do setor elétrico, cabe agora avaliar especificamente, dentro das diferentes atividades econômicas da cadeia da energia elétrica, qual o regime jurídico incidente sobre cada atividade.

### **3.2.2 O regime jurídico das atividades da cadeia econômica da energia elétrica**

Nesse sentido, então, cabe buscar a diferenciação e análise, dentre as atividades desenvolvidas na cadeia econômica do setor elétrico, das atividades desempenhadas como serviço público e aquelas desempenhadas como atividade econômica em sentido estrito. Veja-se que, acerca dos serviços de energia elétrica e do dispositivo constitucional que trata do tema, Cristiana Maria Melhado Araujo LIMA entende que

---

<sup>155</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263-264.

Se interpretamos sistematicamente o art. 21, inciso CII, letra “b” e os artigos 175 e 176, podemos deduzir que a norma infraconstitucional poderá elencar, dentro do sistema elétrico, parcela da cadeia sistêmica como serviço público, determinando regimes jurídicos diferenciados aos segmentos.

Nesse contexto, a presença do interesse público em determinada atividade dentro do serviço de energia elétrica é definida pela lei formal que disciplina o dispositivo constitucional. Essa lei elegeu o que, dentro do serviço de energia elétrica, identifica-se com o serviço público, e deve ser explorado por concessão ou permissão, e o que é atividade econômica sujeita à autorização ou concessão de uso de bem público. (...)

Claro é, entretanto, que a eleição legal de determinada atividade como serviço público está atrelada do interesse público. Entendimento diverso divorcia-se da finalidade última do instituto, sendo dissonante do sistema jurídico.<sup>156</sup>

A premissa que a autora defende, então, é a de que no setor elétrico a lei disciplinadora de determinada atividade define, com base na forma de exploração e com base no interesse público envolvido, se a atividade será explorada em caráter de serviço público ou atividade econômica estrita.

Tal entendimento, entretanto, não pode ser excludente das demais interpretações acerca do serviço público, inclusive por que sua aplicação de maneira isolada gera risco de descaracterização da atividade. Ou seja: não basta que a lei disciplinadora da atividade trate determinada atividade como serviço público ou afirme existir interesse público em determinada atividade, afinal, segundo Marçal JUSTEN FILHO, a titularidade do serviço é do Estado por ser o serviço público, e não o serviço é público por ser de titularidade do Estado, sendo, portanto, o regime público e o interesse público da atividade que induz a lei a tratar o serviço como público. Por essa razão o autor adota o seguinte posicionamento:

é limitada a margem de autonomia para configurar uma certa atividade como serviço público, Não existe liberdade irrestrita do legislador para determinar a aplicação do regime de direito público, próprio do serviço público, para uma atividade qualquer. Somente é válido transformar em serviço público uma atividade que preencha certos requisitos. Assim, não seria possível transformar em serviço público uma atividade consistente, por exemplo, na fabricação de cachimbos ou perucas.

Raciocínio similar se aplica no âmbito subjetivo do conceito de serviço público. É fato que o serviço público não é de titularidade do Estado, que o presta diretamente ou por meio da atuação de particulares. Mas não é possível afirmar que todo e qualquer serviço prestado pelo Estado seja público. Nem é correto (ao menos, perante o Direito

---

<sup>156</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 150-151.



brasileiro) afirmar que o serviço se qualifica como público porque de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado por ser público. Portanto, atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico jurídico (ainda que não necessariamente sob o prisma jurídico positivo) o serviço é público antes de ser estatal.<sup>157</sup>

Diante disso, passa-se a analisar as atividades referentes a cadeia econômica do setor elétrico.

As atividades de distribuição e transmissão de energia são definidas pelas Leis nº 9.074 e nº 12.783 como “concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica”, sendo os serviços de distribuição expressamente tratados como serviço público.<sup>158</sup>

Além da caracterização legal como serviço público, tais atividades estão diretamente ligadas à realização de direitos fundamentais, afinal, são as atividades que entregam energia diretamente aos usuários nos centros de consumo, portanto, garantem o atendimento às demanda de energia elétrica que, atualmente, é essencial ao desempenho de grande parte das atividades humanas.

A vinculação direta dessas atividades à realização de direitos fundamentais se dá, especialmente, por serem as atividades incumbidas pelo dever de entrega universal e contínua a todos os usuários do sistema. As linhas de transmissão conectam os geradores de energia aos centros de consumo, enquanto, já dentro dos centros de consumo, as distribuidoras de energia elétrica garantem a entrega a todos os usuários dentro de sua área de concessão. Veja-se que, mesmo nos casos de consumidores livres, que podem comprar energia para uso próprio de qualquer comercializador ou gerador a sua escolha, a entrega da energia dependerá do serviço prestado pelos

---

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética: 2003. p. 20-21.

<sup>158</sup> BRASIL, **Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Diário Oficial da União. Brasília, 1995. Art. 4: “As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei nº 8.987, e das demais. (...) § 3º As concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, contratadas a partir desta Lei, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado da data de assinatura do imprescindível contrato, podendo ser prorrogado no máximo por igual período, a critério do poder concedente, nas condições estabelecidas no contrato. (...) § 5º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades: I - de geração de energia elétrica; II - de transmissão de energia elétrica.”

BRASIL. **Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013**. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Art. 21. “Ficam desobrigadas, a partir de 1º de janeiro de 2013, do recolhimento da quota anual da RGR: I - as concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica; II - as concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica licitadas a partir de 12 de setembro de 2012; e III - as concessionárias de serviço público de transmissão e geração de energia elétrica prorrogadas ou licitadas nos termos desta Lei”.

agentes de transmissão e distribuição de energia elétrica afinal, como visto, o SIN opera de forma interligada e o funcionamento adequado da cadeia econômica da energia depende desses agentes de transmissão e distribuição. Portanto, com exceção dos autoprodutores de energia elétrica, todos os demais agentes do sistema elétrico dependem da boa prestação dos serviços pelos agentes de transmissão e distribuição de energia.

Isso por que de nada adiantaria que os agentes de geração produzam energia e que os agentes de comercialização vendam essa energia, se ela não puder ser entregue. Toda a utilidade material da energia e a satisfação das comodidades individualmente fruíveis depende de sua entrega. Assim, a fruição da energia pelo usuário, o desempenho de atividades econômicas e o desenvolvimento de atividades diretamente vinculadas a satisfação de direitos fundamentais como saúde e educação, dependem diretamente da continuidade dos serviços dos agentes de transmissão e distribuição de energia elétrica, razão pela qual, conclui-se que esses serviços estão diretamente vinculados à satisfação do interesse coletivo e à satisfação de direitos fundamentais.

Transpondo essa análise face aos requisitos do serviço público anteriormente expostos, tem-se que essas atividades, então, preenchem os requisitos formal, material e subjetivo necessários para a sua classificação como serviço público, possuindo vinculação com a satisfação de direitos fundamentais, razão pela qual são tratados como serviço público por sua lei disciplinadora, possuindo regime jurídico diferenciado atrelado a critérios públicos e sofrendo maior incidência de regulação estatal.

O regime jurídico específico a que se refere, sob o enfoque da regulação do setor elétrico, é aquele marcado pelos deveres de universalização, continuidade e modicidade, além de vinculado aos requisitos e critérios estabelecidos no ato de outorga, no contrato de concessão, e nas demais condições firmadas com poder concedente.

Esses serviços não raras vezes são prestados por empresas privadas regidas, via de regra, pela livre iniciativa. Entretanto, como prestadoras de serviço público sujeitas à intensa regulação estatal, não possuem plena e irrestrita liberdade de atuação, tendo seu regime jurídico vinculado à prestação adequada do serviço público, atendendo ao dever de prestação universal e a preços módicos, além de estarem sujeitas a maior incidência regulatória.

Analisando-se o caso do regime jurídico das distribuidoras de energia elétrica, nota-se que estão obrigatoriamente vinculadas a comprar a energia necessária

para atendimento de sua demanda no ACR, mediante leilões regulados pela Aneel.<sup>159</sup> Além disso, estão vinculados à obrigação de atender os requisitos de qualidade fixados pela Aneel, dentre os quais cumprir com indicadores individuais de continuidade, indicadores coletivos de continuidade, indicadores relativos ao nível de tensão da energia, cumprir com tempo médio de atendimento às ocorrências emergenciais e demais requisitos técnicos que os entes reguladores entenderam necessários à boa prestação dos serviços, conforme previsão dos procedimentos de distribuição elaborados pela Aneel.<sup>160</sup> Todos esses deveres e indicadores, notadamente, se relacionam diretamente com o fato de a atividade de distribuição de energia tratar-se de serviço público que, frise-se, além de sujeita a maior regulação, é regida pela universalidade, continuidade e modicidade.

Do contrato de concessão firmado entre poder concedente e concessionárias, também é possível notar a incidência de regime jurídico público sobre as atividades desempenhadas pelas empresas. Veja-se, como exemplo, o contrato de concessão firmado entre Aneel e Companhia Paranaense de Energia Elétrica – Copel, firmado em 1999<sup>161</sup>, cujo mais recente termo aditivo foi firmado em dezembro de 2015.<sup>162</sup> Esse contrato espelha as cláusulas padrão aplicadas pela Aneel com as concessionárias de distribuição de energia elétrica pelo país, prevendo a possibilidade de livre gestão dos negócios, entretanto, com obrigações de: (a) prestação de serviço adequado, atual, adotando-se métodos operativos que atendam as normas técnicas; (b) atender aos pedidos dos interessados para utilização do serviço concedido, assegurando tratamento não discriminatório; (c) cumprir com a regulação da Aneel; (d)

---

<sup>159</sup> Lei Federal nº 10.848 de 15 de março de 2004. 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. (...)”.

<sup>160</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST: Módulo 8 – Qualidade da Energia Elétrica**. Brasília: Aneel, 2017. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/modulo-8>>. Acesso em 21/12/2017.

<sup>161</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Contrato de Concessão nº 46/99 – ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184/15062896/Contrato+de+Concess%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 21/12/2017.

<sup>162</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Quinto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 46/1999-ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184/15062896/Quinto+Termo+Aditivo.pdf>>. Acesso em 21/12/2017.

prestar tratamento isonômico aos usuários, inclusive em relação às tarifas; (e) cumprir os padrões de qualidade estabelecidos pela Aneel; (f) cumprir metas de universalização conforme regulação da Aneel; (g) operar e manter as instalações de modo a assegurar a continuidade e eficiência do serviço regulado, a segurança das pessoas e a conservação dos bens e instalações; (h) prestar contas à Aneel sobre a gestão do serviço público concedido; (i) assegurar o livre acesso ao serviço público concedido; (j) compartilhar infraestrutura com outros prestadores de serviço público; (k) submeter à Aneel prévia aprovação quanto a alienação, cessão, concessão, transferência, dação em garantia ou desvinculação de ativos vinculados ao serviço público, assim como, em casos de transferência de concessão ou do controle societário.

Além disso, as tarifas recebidas pelas concessionárias de distribuição e transmissão também são reguladas pela Aneel, com base nos contratos de concessão e, conforme o caso, nos valores ofertados nos leilões para concessão. Tal tema será melhor abordado adiante, ao tratar do monopólio desses agentes e da atuação da Aneel na tentativa de manter a competitividade nessas áreas.

Os novos contratos de concessão propostos pela Aneel<sup>163</sup> no recente leilão de transmissão de energia elétrica (Edital nº 02/2017-ANEEL), também preveem condições similares às expostas nos contratos celebrado com os agentes de distribuição.

Os agentes de transmissão que vencerem o leilão para prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica ficarão incumbidos, além dos deveres típicos de prestadores de serviço público e de sua sujeição à regulação estatal, de obrigações como (a) reconhecer que a atividade explorada será realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outras atividades empresariais nos termos e condições previstas na legislação e regulamentação; (b) garantir bons níveis de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia, modicidade das tarifas, integração social e preservação do meio ambiente; (c) manter durante todo o período de concessão capacitação técnica igual ou superior à apresentada na habilitação para o leilão da concessão; e (d) cumprir com os marcos do cronograma de construção das linhas de transmissão.

Os exemplos fortalecem o posicionamento construído pela doutrina no sentido de que, por mais que trate-se de serviço prestado por entidade privada, constituída em regime de direito privado, com possibilidade de exercer sua atividade

---

<sup>163</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Edital do Leilão nº 02/2017-ANEEL: ANEXO 1-01 – Minuta do Contrato de Concessão de Transmissão.** Disponível em <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_transmissao/documentos/Minutas\\_Contratos\\_Lotes%2001a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_transmissao/documentos/Minutas_Contratos_Lotes%2001a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf)>. Acesso em 21/12/2017.

econômica em regime de livre iniciativa, não há como dissociar e suprimir peculiaridades típicas do regime público, que são exteriorizadas no regime jurídico da prestação dos serviços públicos, em vista da instrumentalidade destes para a realização dos direitos envolvidos na prestação dos serviços públicos.<sup>164</sup>

Veja-se que as obrigações assumidas pelas concessionárias de serviço público e o regime jurídico da prestação dos serviços se adequam ao que Marçal JUSTEN FILHO identifica como “adequação do serviço”, que consiste na eficiência técnico-econômica que deve ser estruturada segundo regras técnicas pertinentes, de modo que a atividade em que se materializa o serviço seja um meio-cause que conduza a um fim-consequência, caracterizado pela necessidade que motivou a concessão. Dentre esses requisitos, destaca a regularidade, continuidade, segurança, generalidade, cortesia, atualidade e modicidade, critérios esses presentes nos contratos analisados acima.<sup>165</sup>

Entretanto, cabe destacar que os serviços prestados em regime de serviço público, por estarem diretamente vinculados ao regime jurídico administrativo e à regime de direito público, não estão apenas expostos às sujeições impostas pela regulação estatal mas, também, são dotados de prerrogativas que visam possibilitar o bom desempenho de suas funções.<sup>166</sup>

Dentre as prerrogativas dos concessionários de serviço público do setor elétrico, pode-se destacar (a) a possibilidade de utilização de terrenos de domínio público, estradas, vias, caminhos de acesso ou servidões que forem necessárias à exploração do serviço; (b) a possibilidade de promover desapropriações e instituir servidões administrativas necessárias à execução dos serviços; (c) garantia do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; e (d) possibilidade de compartilhamento de infraestrutura.<sup>167 168</sup>

Tais prerrogativas, assim como as sujeições acima destacadas, decorrem da relevância dos serviços prestados e, também, de suas particularidades. Os serviços

---

<sup>164</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 299.

<sup>165</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 305-308.

<sup>166</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56-58.

<sup>167</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Edital do Leilão nº 02/2017-ANEEL: ANEXO 1-01 – Minuta do Contrato de Concessão de Transmissão**. Disponível em <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_transmissao/documentos/Minutas\\_Contratos\\_Lotes%2001a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_transmissao/documentos/Minutas_Contratos_Lotes%2001a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf)>. Acesso em 21/12/2017.

<sup>168</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Contrato de Concessão nº 46/99-ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15062896//Contrato+de+Concess%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 21/12/2017.

públicos de distribuição e transmissão de energia exigem a construção de longas linhas de transmissão e distribuição de energia que, sob o aspecto econômico, seriam inviabilizadas sem a possibilidade de utilização de terrenos de domínio público, estradas e, eventualmente, desapropriações.

Da atividade de geração de energia, como abordado anteriormente, é possível identificar pluralidade de regimes jurídicos: existem geradores de serviço público regidos por regime jurídico pertinente à suas atividades; e geradores que operam explorando atividade econômica em sentido estrito, como é o caso dos autoprodutores e geradores independentes de energia elétrica. A situação, entretanto, é dotada de maior complexidade.

Isso por que o aproveitamento energético dos cursos de água, assim como os serviços de energia elétrica, integra os serviços cuja competência para exploração é da União, conforme estabelecido no artigo 21, XII, “b” da Constituição. Isso se dá pelo caráter indispensável dos recursos hídricos para a vida humana em seus diversos aspectos – e para muito além de apenas atividades econômicas – mas questões socioambientais, suporte a ecossistemas e habitats. Ao mesmo tempo, os recursos hídricos apresentam grande relevância em cenários de escassez energética. Por essas razões, a geração hidrelétrica que utiliza desses recursos hídricos recebe regime jurídico especial.<sup>169</sup>

A complexidade do tema se reforça quando analisado que, pela estrutura desverticalizada atual do setor elétrico, as atividades de geração de energia elétrica não se enquadram, a princípio, nos requisitos configuradores do serviço público. Não há, pelos geradores de energia, atendimento ao usuário final, portanto, não há dever de universalidade. Da mesma forma, não existindo entrega ao usuário final e operando em regime de competição, não há dever de modicidade.

Ao mesmo tempo, esses serviços são de relevante interesse coletivo porque o sistema elétrico, como um todo e como uma rede interligada, depende da geração de energia elétrica para garantir a continuidade dos serviços. Cristiana Maria Melhado Araújo LIMA destaca ainda outro ponto relevante: a ausência de geradores interessados em participar dos leilões de energia elétrica no ACR, para fornecimento de energia às distribuidoras (que, como visto, atendem aos usuários), pode gerar consequências gravíssimas ao sistema que prejudicariam a universalidade, continuidade e modicidade tarifária; do mesmo modo, a ausência de investimentos para o crescimento da geração

---

<sup>169</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 150-153.

pode afetar não apenas a segurança do sistema, mas sim, o próprio crescimento econômico nacional.<sup>170</sup>

O entendimento doutrinário sobre o tema é divergente. Maria Aparecida FAGUNDES, entende tratar-se a geração de atividade econômica em sentido estrito, vez que a figura do produtor independente não opera sob regime de permissão ou concessão.<sup>171</sup> Esse entendimento, entretanto, não condiz com a situação atual do setor elétrico. Os contratos celebrados entre poder concedente e agentes possuem previsão expressa da figura de concessionário concomitantemente com autoprodutor ou produtor independente.<sup>172</sup>

No mesmo sentido, Vitor Rhein SCHIRATO entende a atividade de geração de energia elétrica como não mais sujeita ao regime de serviço público, isso por que a exploração da atividade pelos particulares depende de autorização, que pode ser conjugada com concessão de uso de bem público, outorgada simultaneamente à celebração de contrato de compra e venda de energia elétrica no ACR; ou pode tratar-se de autorização simples, ou pedido do empreendedor. Assim sustenta que, por mais que haja previsão de concessões de serviço público de geração, esse regime não é aplicável, uma vez que os leilões contemplam apenas regime de autorização, conjugado ou não com concessão de uso de bem público.<sup>173</sup>

Em sentido diverso, Maria João Pereira ROLIM interpreta todas as modalidades de geração como serviço público. Considera, para tanto, (a) a essencialidade do bem; (b) o fato de que a exploração dos serviços e aproveitamento dos cursos de água são de competência da União; (c) que sempre estão inseridos em relevante interesse coletivo, mesmo nos casos de uso privado; e (d) que os serviços de energia elétrica, mesmo quando prestados pela iniciativa privada, demandam submissão a todos os aspectos próprios do regime de serviço público.<sup>174</sup>

<sup>170</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015. p. 158.

<sup>171</sup> FAGUNDES, Maria Aparecida Almeida Pinto. Os novos rumos do direito da eletricidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, 224, p. 1-29, 2001. p. 15.

<sup>172</sup> Veja-se, como exemplos: Contrato de concessão de Geração nº 04/2012 – ANEEL. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031148//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+004-2012.pdf>>. Acesso em 28/12/2017. Contrato de Concessão nº 02/2012-MME-UHE BAIXO IGUAÇU. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031142//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+002-2012+MME.pdf>>. Acesso em 28/12/2017.

<sup>173</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69232>>. Acesso em: 22/11/2017.

<sup>174</sup> ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 155-157.

Já Alexandre Santos de ARAGÃO defende que a natureza jurídica da geração dependerá do título habilitador conferido pela Lei, com base na discricionariedade conferida pelo artigo 21 da Constituição. Essa situação, de habilitações diferenciadas dentro de um mesmo segmento e uma mesma atividade econômica é identificada pelo autor como um caso de assimetria regulatória.<sup>175</sup>

Diante desse cenário, a Lei Federal nº 9.074 de 7 de julho de 1995, a partir de seu artigo 5º, trata dos casos de concessão, autorização e comunicação sobre geração de energia elétrica. Assim, dentro do segmento de geração de energia elétrica, e mesmo nos casos de agentes produtores independentes de energia que não atendem o usuário final, haverá pluralidade de regimes jurídicos.

Assim sendo, referida Lei Federal dispõe que dependerá de concessão, mediante licitação: o aproveitamento de potenciais hidráulicos e implantação de termelétricas com potência superior a 50.000kW (cinquenta mil quilowatts) destinadas ao serviço público; o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a produção independente de energia elétrica. Já os casos dependentes de autorização são a implantação de termelétricas de potência superior a 5.000kW (cinco mil quilowatts) destinadas ao uso exclusivo de autoprodutor e produtor independente; o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000kW e igual ou inferior a 50.000kW destinados a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia. Por fim, os casos de comunicação são aqueles de implantação de aproveitamento de potenciais hidráulicos e implantação de termoelétricas com potência igual ou inferior a 5.000kW (cinco mil quilowatts).

Além dessas disposições, a Resolução Normativa nº 673 de 4 de agosto de 2015 trata da autorização para exploração de aproveitamento de potencial hidráulico com características de Pequena Central Hidrelétrica – PCH, para os empreendimentos destinados a autoprodução ou produção independente de energia elétrica com potência superior a 3.000kW, com área de reservatório de até 13 km².<sup>176</sup>

Veja-se, então, que as normas disciplinadoras da atividade de geração de energia elétrica são bastante amplas, chegando inclusive a demonstrar aparente dubiedade em relação ao regime jurídico de prestação de serviços. Ao que indica, o legislador optou por consagrar a discricionariedade dos órgãos reguladores para avaliar,

---

<sup>175</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Natureza Jurídica da Geração de Energia Elétrica. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica**: tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013. p. 48.

<sup>176</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 673 de 4 de agosto de 2015**. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015673.pdf>> . Acesso em 28/12/2017.



conforme o caso específico, a modalidade de geração de energia instituída. Fato é, os leilões de energia elétrica promovidos pela Aneel para geração de energia acima de 50.000kW, tem resultado em contratos típicos do serviço público.

Da diversidade de entendimentos doutrinários sobre o tema, nota-se que não há resposta adequada. O que parece mais adequado, considerando a pluralidade jurídica e a pluralidade de regimes jurídicos presentes no setor, é conjugar os entendimentos para vislumbrar, no caso concreto, se a atividade se configura como serviço público, ou não.

Isso por que, basear-se apenas na titulação do agente não é suficiente, assim como não é suficiente analisar apenas o título habilitador, afinal, os novos contratos celebrados entre agentes e entes reguladores preveem a presença concomitante das figuras de produtor independente/autoprodutor e concessionário. Da mesma maneira, não parece adequado generalizar todos os serviços de geração, haja vista que a segmentação do mercado acabou por permitir a coexistência de serviços com diferentes peculiaridades dentro de um mesmo setor econômico.

Diante disso, cabe analisar, como exemplo, o Contrato de Concessão nº 004/2017 – ANEEL, celebrado entre a Aneel e Enel Green Power Projetos I S.A., além de configurar a titulação do serviço como “concessão”, apresenta disposições similares às analisadas nos contratos de concessão dos serviços de distribuição como, por exemplo, obrigações de continuidade, de atendimento à regulação setorial, a reversibilidade dos bens em favor do poder concedente, o reconhecimento da utilidade pública do serviço, as prerrogativas de uso de bem público, dentre outros.<sup>177</sup>

Apesar das semelhanças entre os regimes de serviço público dos contratos de transmissão e dos contratos de geração, a grande diferença entre ambos reside no fato de que, como nos serviços de geração de energia elétrica não há atendimento direto ao usuário final do serviço público, os contratos de geração em serviço público preveem a comercialização de determinada parcela da energia produzida no ACR, para uso das distribuidoras de energia elétrica. No contrato em análise, 70% da produção da Usina deveria, obrigatoriamente, ser vendida às distribuidoras de energia elétrica.

Assim, por mais que a concessionária de geração de energia não tenha relação direta com os usuários, estará incumbida de fornecer energia para as distribuidoras – estas sim, em relação direta com o usuário. Diante disso, os serviços prestados pela concessionária de geração acabam envolvidos por relevante interesse

---

<sup>177</sup> BRASIL. Agência nacional de Energia Elétrica. **Contrato de Concessão nº 004/2017 – ANEEL**. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15930786//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+004-2017++ANEEL>>. Acesso em 02/01/2017.

coletivo no momento em que passam, obrigatoriamente, a fornecer parte da energia que será distribuída ao usuário final, estando indiretamente relacionadas, portanto, à universalidade e modicidade dos serviços.

Cabe ressaltar, entretanto, que a obrigatoriedade de comercialização dessa energia no ACR incide apenas em parte da energia produzida pela geradora, a outra parte da energia é livremente comercializada pelo agente – o que, mais uma vez, demonstra a pluralidade de regimes jurídicos, afinal, parte das atividades desempenhadas pela concessionária é marcada pela livre iniciativa e liberdade de comercialização.

As demais formas de geração que não estejam incumbidas do dever de comercializar sua energia no ACR, não se incumbem de deveres típicos de serviço público. Tratam, portanto, de atividades econômicas de interesse coletivo cujo desempenho é influenciado pela regulação dos agentes setoriais.

Diante disso, os serviços de geração de energia elétrica são muito diversos, dotados de ambientes regulatórios diferentes e peculiaridades diferentes. Por essa razão, não há como identificar um regime único e global, tampouco entendimento doutrinário que se encaixe, com perfeição, em todos os regimes existentes no mundo fático. A solução cabível, portanto, parece ser analisar cada caso concreto e, com base na diversidade de entendimentos doutrinários, nas peculiaridades de cada serviço, na incidência regulatória, na vinculação dos serviços com o regime de prerrogativas e sujeições, com os deveres de universalidade, modicidade e continuidade e com a satisfação de direitos fundamentais, analisar se trata-se de serviço público ou atividade econômica.

As atividades de comercialização de energia, por sua vez, são prestadas em caráter eminentemente privado, e não estão diretamente relacionadas à consecução de direitos fundamentais.

Entretanto, como o setor opera de forma interligada e toda atividade impacta diretamente nas demais e, conseqüentemente, na realização dos interesses coletivos envolvidos, todas as atividades, até mesmo as tidas como estritamente privadas – como a comercialização de energia –, acabam por sujeitar-se à incidência de regulação estatal.

Retomando ao aspecto jurídico deste tópico, conclui-se, então, que a maior regulação incidente sobre os serviços públicos decorre de sua ligação intrínseca à consecução de direitos fundamentais. Estes, por sua vez, tipicamente possuem “dimensões de eficácia diretamente fruíveis e dimensões de eficácia dependentes da intervenção do legislador. Tais dimensões permitem a escolha entre mais de um meio

de concretização”.<sup>178</sup> Ou seja, além de pluralidade de regimes jurídicos, os direitos fundamentais diretamente relacionados aos serviços públicos de energia elétrica admitem vários diferentes meios de concretização, sendo que até mesmo as atividades privadas impactam na promoção desses direitos e do interesse coletivo. Sendo assim, a atuação estatal no setor elétrico se torna complexa e dotada de grandes desafios.

O interesse coletivo do setor elétrico se evidencia pela importância da energia elétrica não apenas como um segmento da economia, mas, especialmente, como um sistema econômico dotado de interesses internos do qual dependem vários outros segmentos econômicos – afinal, a energia é essencial para o exercício de praticamente qualquer atividade, incluindo aquelas estrita e indubitavelmente ligadas a realização de direitos fundamentais como educação e saúde.

É nesse sentido que Floriano Azevedo MARQUES NETO atrela a complexidade da regulação sobre os serviços públicos ao fato de o Estado atuar no triplo papel de (a) formulador de políticas públicas cujas metas e pautas ditarão o regime de exploração dos serviços públicos; (b) titular do serviço e dos bens a ele afetos, devendo zelar por sua preservação, assim como pela preservação do equilíbrio da relação contratual estabelecida com o particular prestador; e (c) ente regulador encarregado não apenas da defesa dos interesses estatais, mas sim, responsável pela defesa dos usuários, preservador das linhas gerais de exploração da atividade e mediador dos interesses de todos os envolvidos.<sup>179</sup>

Transpondo os conceitos expostos para o setor elétrico, nota-se que a regulação dos serviços de energia elétrica não deve se limitar às condições de funcionamento do setor, mas sim, deve buscar equilibrar interesses, imprimir políticas públicas e respeitar o interesse de todos os agentes envolvidos.<sup>180</sup>

Portanto, os serviços de energia elétrica, independente de sua caracterização como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito, estão sujeitos à regulação estatal por estarem indiretamente vinculados à satisfação de direitos fundamentais. Já os serviços públicos de energia elétrica, por possuírem a característica de estrita vinculação à realização de direitos fundamentais sofrem uma maior regulação, tendo seu regime jurídico marcado especialmente (a) pela

---

<sup>178</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico. (Org.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 161.

<sup>179</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 25.

<sup>180</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 58.

necessidade de atendimento direto, dentre os diversos meios de concretização possíveis, aos direitos fundamentais atrelados ao serviço prestado; (b) pela necessidade de garantir a universalidade, modicidade e a continuidade dos serviços; (c) pelo dever de cumprimento às condições de concessão da outorga, às condições de qualidade definidas pelo regulador e às condições estabelecidas em relação contratual com o poder concedente; (c) pelo dever de preservação dos bens vinculados à exploração da atividade; (d) por dar cumprimento às políticas públicas implementadas pelo poder concedente; e (e) pelo dever de atender aos interesses dos usuários do serviço.

Diante desse contexto, e especialmente pela pluralidade jurídica que é marcante no Estado regulador e ainda mais intensa no setor elétrico – que, reforçando a pluralidade, é marcado por diversidade de regimes jurídicos –, o Direito assume novo papel. A quebra de monopólios estatais com as concessões e permissões de serviços públicos, a prestação de serviços de relevante interesse coletivo por entidades privadas, o exercício de regulação sobre determinadas atividades econômicas, e a necessidade de adaptação do Direito à realidade, demandam uma aproximação entre direito e economia, de modo que o Direito possa comunicar-se com as necessidades econômicas, aliando-as à uma adequada prestação dos serviços.

Assim, passa-se a analisar o papel do Estado regulador diante dessa nova realidade, considerando a pluralidade de regimes e a necessidade de adequação do Direito à realidade.

### 3.3 REGULAÇÃO, O PAPEL DO ESTADO E O CASO DO SETOR ELÉTRICO

Como consequência da pluralidade jurídica que afeta o Direito do Estado regulador, o interesse público deixa de existir apenas nas tarefas públicas passando, com efeito, a existir diferentes interesses públicos, sendo inquestionável que atores privados passam a desenvolver atividades, que até então podiam ser consideradas estritamente privadas, que passam a ser marcadas pelo interesse primordial de satisfação de necessidades coletivas, de interesse público.<sup>181</sup>

Essas atividades são reguladas pelo Estado, que assume papel de gestor dessas atividades de relevante interesse coletivo, regulando o setor econômico envolvido. Como visto no tópico anterior, a pluralidade jurídica e a diversidade de regimes jurídicos dentro de um mesmo setor, tornam a regulação um desafio complexo

---

<sup>181</sup> GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 144.

sob o ponto de vista jurídico, especialmente por conta do fortalecimento da discricionariedade do agente regulador, face à pluralização (a chamada “escolha regulatória”).

Somado a isso, a regulação enfrenta novos e grandes desafios na busca pelo equilíbrio, como, por exemplo: a calibração entre taxas de retorno esperadas nas concessões, as obrigações do prestador dos serviços, a relação entre a política tarifária e a os critérios de precificação aplicados pelo mercado, os custos de ampliação de infraestrutura, os valores cobrados pelo compartilhamento de redes, critérios e mecanismos para compartilhamento de redes, a coibição de condutas antieconômicas, entre outros.<sup>182</sup>

O objetivo deste tópico é abordar e compreender a regulação estatal dentro do panorama até então exposto para, com isso, analisar as funções do Estado regulador face, especialmente, aos objetivos e peculiaridades da regulação no setor elétrico.

Cabe, inicialmente, compreender o termo regulação, correlacionando-o com a atuação estatal pertinente. Segundo Marçal JUSTEN FILHO regulação “indica uma competência que pode ser diferenciada daqueles poderes normativos tradicionalmente reconhecidos ao Estado”.<sup>183</sup> Ou seja, a regulação não é derivada apenas das características e instrumentos da organização estatal, mas deriva muito mais dos fins buscados pelo Estado e da forma de desenvolvimento de suas ações.<sup>184</sup>

É nesse sentido que Carlos Ari SUNDFELD identifica a regulação não como derivada de uma família jurídica, mas sim, como configuração de uma opção político econômica de um Estado. Essa opção se caracteriza pela escolha estatal de não assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervindo no mercado por meio de instrumentos de autoridade.<sup>185</sup>

Na acepção de Vital MOREIRA o termo regulação pode ser entendido sobre três grandes linhas de concepção: em sentido amplo como toda forma de intervenção estatal na economia, independente dos instrumentos utilizados; em sentido menos abrangente como a intervenção do Estado na economia por formas distintas da participação direta na atividade econômica, abrangendo o condicionamento,

---

<sup>182</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 25.

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27.

<sup>184</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 27.

<sup>185</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.

coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e em sentido restrito como somente o condicionamento normativo de determinada atividade econômica privada.<sup>186</sup>

O conceito amplo entende a regulação “como toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins”, abrangendo, portanto, todas as atividades do Estado em relação à economia, incluindo exercício de atividades empresariais por empresas estatais e as tarefas de condicionamento e disciplina das atividades privadas. A acepção menos abrangente engloba toda a intervenção estatal no comportamento econômico das empresas privadas, excluindo-se a participação direta do Estado na própria atividade econômica. Por fim, o conceito restrito reduz a regulação ao estabelecimento de regras e normas de conduta de determinada atividade econômica.<sup>187</sup>

Veja-se que, segundo a posição ampla acima exposta, o Estado estaria exercendo regulação mesmo nos momentos em que atue por meio de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, não estaria editando qualquer ato normativo, mas a simples atuação de uma estatal em regime competitivo com outras empresas já seria suficiente a configurar atividade de regulação do Estado. Afinal, para Vital MOREIRA

o essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado.<sup>188</sup>

No caso do setor elétrico essa conceituação pode ser facilmente visualizada nas peculiaridades do setor. Isso por que, como uma típica indústria de rede, a prática de determinado ato por qualquer agente setorial irradia efeitos por todo o sistema, que opera de modo interligado. Sendo assim, a simples atuação estatal como controlador de determinada empresa é suficiente para irradiar efeitos sobre todo o sistema econômico do setor elétrico, influenciando os demais agentes do mercado e, com isso, alterando suas condutas econômicas. Assim, “a participação do Estado na economia e a intervenção sobre a economia privada imbricam-se uma na outra”.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35.

<sup>187</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35.

<sup>188</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 36.

<sup>189</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 37.

A tecnicidade é outra característica marcante do setor elétrico, dotado de especificidades e peculiaridades que exigem conhecimento técnico específico, não apenas da engenharia elétrica, mas sim, de um campo multidisciplinar, que envolve desde aspectos socioambientais, econômicos, financeiros, gerenciais, jurídicos, mecânicos e etc. Essa tecnicidade decorrente das peculiaridades de cada setor, segundo Floriano de Azevedo MARQUES NETO justifica a transferência de forte margem de regulação às agências, especialmente face à complexidade técnica e a rápida cambialidade das necessidades normativas. Assim, o autor destaca que

É exatamente neste ponto que reside a validade dos mecanismos de delegação de competência normativa para as agências. A lei deve, pois, estabelecer o conjunto de normas conceitos e instrumentos (subsistemas normativos) apto a regular cada setor específico dando-lhe flexibilidade e especialidade aptas ao exercício de uma regulação aderente às peculiaridades setoriais <sup>190</sup>

Dentro dos objetivos do Estado regulador, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, destaca que algumas tendências podem ser apontadas, dentre as quais: (a) criar condições para a participação do cidadão no processo político; (b) privatizar por meios que permitam reduzir o papel do Estado na ordem econômica e social; (c) desregular a economia, aplicando regras de livre concorrência; (d) reservar ao Estado a fiscalização, incentivo, planejamento e regulação; (e) submeter o Estado a normas de Direito Internacional Comunitário; (f) desburocratizar a Administração Pública; e (g) ampliar as técnicas de fomento. <sup>191</sup>

Analisando a regulação sob o enfoque constitucional, Juarez FREITAS identifica três objetivos precípuos de uma regulação constitucionalmente orientada. Em primeiro lugar, deve comprovar de modo explícito e consistente que os benefícios líquidos da regulação são maiores do que os custos, salvo nos casos de bens intangíveis cuja preservação se mostrar essencial, à revelia do preço, como bens ligados à dignidade; em segundo lugar, a regulação deve estar atenta aos vieses das ciências comportamentais no processo de tomada de decisão; em terceiro lugar, a regulação constitucionalmente orientada deve monitorar e ser monitorada

---

<sup>190</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 67-68.

<sup>191</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Regulação e Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (coord.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 36.

retrospectivamente com base em métricas qualitativas e quantitativas, permitindo avaliar os impactos sociais, econômicos e ambientais da regulação.<sup>192</sup>

A função regulatória, então, pode ser compreendida como o complexo de atribuições normativas, gerenciais, negociais e sancionatórias, que são exercidas pelo Estado nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento, valendo-se das vantagens da flexibilização comercial privada e da coercitividade estatal.<sup>193</sup> Assim, trata-se de função que vai além da função normativa, mas sim, compreende conciliação, mediação e arbitragem, fiscalização, fomento, planejamento e controle, sempre na busca pela máxima eficiência do setor regulado.<sup>194</sup>

Corroborando com esse entendimento, ao tratar das funções de regulador assumidas pelo Estado regulador, Dinorá GROTTI identifica a existência de (a) amplo poder normativo, como o poder de ditar normas com força de lei e com base nos parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos contidos nas leis que regem os entes reguladores – em consonância com a ideia de pluralismo jurídico presente no Estado regulador; (b) poder fiscalizatório e sancionatório, que abrange poderes para dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre agentes e os entes reguladores, entre agentes e usuários e etc.; (c) o poder para desenvolver uma tripla regulação: (c1) a regulação dos monopólios, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; (c2) regulação para a competição, com a finalidade de criar condições para a existência e manutenção da concorrência setorial; e (c3) a regulação social, visando a universalização dos serviços e a respectiva eliminação dos subsídios cruzados. A autora conclui que, com essas funções busca-se garantir a imparcialidade da regulação e a obtenção de decisões mais técnicas, protegidas contra ingerências meramente políticas, que podem ser prejudiciais a um modelo competitivo.<sup>195</sup>

Transpondo o entendimento para o caso específico do setor elétrico, nota-se que o poder normativo, fiscalizatório e sancionatório não é conferido apenas à Aneel, uma vez que, ONS e CCEE também editam normas aplicáveis ao setor, com base em suas leis de regência, que à eles confere poderes com base em padrões genéricos e

---

<sup>192</sup> FREITAS, Juarez. Regulação Administrativa e os Principais Vieses. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. p.95-97.

<sup>193</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 197.

<sup>194</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-108.

<sup>195</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jul 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 25/10/2017. p. 8.



abstratos, inclusive com poderes para aplicação de sanções. Já em relação à tripla função regulatória indicada pela autora, vê-se que a Aneel tem especial destaque nessa tripla função, já que, no aspecto dos monopólios e da competição, compete exclusivamente à Aneel regular o desenvolvimento das atividades dos agentes de distribuição e competição (que operam em caráter de monopólio natural); a CCEE, como gestora da comercialização da energia elétrica, também apresenta relevante papel como regulador incumbido da garantia da competição; no âmbito da regulação social, compete à Aneel realizar e implementar as políticas públicas sociais definidas para o setor elétrico como, por exemplo, o caso da tarifa social, implementada pela Lei nº 12.212 de 20 de janeiro de 2010, estabelecendo descontos sobre as tarifas aplicáveis à famílias de baixa renda. O desenvolvimento dessas políticas, entretanto, pode surgir da atuação dos demais entes com função institucional no setor elétrico, como o MME e o CNPE.

Note-se que, no caso específico da tarifa social criada por Lei, coube à Aneel, no exercício de seu poder regulatório (ou regulatório social, seguindo-se a linha do exposto por Dinora GROTTI), dar eficácia à disposição legal. Atualmente, a regulação da tarifa social se dá por meio da Resolução Normativa Aneel nº 800 de 19 de dezembro de 2017, que alterou a Resolução 414 de 9 de setembro de 2010, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, regulando as relações entre agentes distribuidores e consumidores.<sup>196</sup>

Retomando o entendimento do termo regulação, segundo Alexandre Ditzel FARACO a regulação restringe a liberdade de atuação do agente econômico, substituindo sua vontade em relação a certas variáveis econômicas por uma decisão

---

<sup>196</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução normativa nº 800 de 19 de dezembro de 2017**. Art. 53-C: “Na classe residencial enquadram-se as unidades consumidoras com fim residencial, com exceção dos casos previstos no inciso III do art. 53-J, considerando-se as seguintes subclasses: I – residencial; II – residencial baixa renda; III – residencial baixa renda indígena; IV – residencial baixa renda quilombola; V – residencial baixa renda benefício de prestação continuada da assistência social – BPC; e VI – residencial baixa renda multifamiliar. Art. 53-D Para a classificação nas subclasses residencial baixa renda, com fundamento na Lei nº 12.212, de 2010, as unidades consumidoras devem ser utilizadas por: I – família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – Cadastro Único, com renda familiar mensal per capita menor ou igual a meio salário mínimo nacional; ou II – idosos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais ou pessoas com deficiência, que recebam o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; ou III – família inscrita no Cadastro Único com renda mensal de até 3 (três) salários mínimos, que tenha portador de doença ou deficiência (física, motora, auditiva, visual, intelectual e múltipla) cujo tratamento, procedimento médico ou terapêutico requeira o uso continuado de aparelhos, equipamentos ou instrumentos que, para o seu funcionamento, demandem consumo de energia elétrica.”. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017800.pdf>>. Acesso em 22/12/2017.

estatal, abrangendo normas específicas que impõem escolhas e fazem restrições, instrumentalizando a realização de certos resultados predeterminados.<sup>197</sup>

De modo amplo e visando compreender as diversas modalidades de intervenção estatal no domínio econômico, Floriano de Azevedo MARQUES NETO identifica a regulação como

a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.<sup>198</sup>

O autor identifica a regulação econômica como gênero, contraposto à auto regulação, que compreende vários instrumentos e atividades que vão além da função normativa e intervenção direta no domínio econômico, como as atividades de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas.<sup>199</sup> O conceito do autor, então, compreende a regulação como toda atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração da atividade, mesmo que em regime de mercado.<sup>200</sup>

Pode ser buscada diferenciação entre intervenção e regulação nesse sentido, vez que toda regulação é interventiva, entretanto, nem toda intervenção é regulatória, afinal, a intervenção pode ser dar diretamente pelo exercício direto da atividade econômica pelo Estado.<sup>201</sup>

A instrumentalização da regulação se dá pelos agentes diretamente envolvidos com os atores econômicos e com a operação do setor (como visto, Aneel, CCEE e ONS). Entretanto, é imperioso reconhecer que a regulação não se inicia necessariamente nesses agentes, mas sim, é oriunda das atividades de planejamento, coordenação e orientação que, por sua vez, são desenvolvidas pelo MME e CNPE, órgãos diretamente vinculados ao governo que exercem, dentre as diversas funções

<sup>197</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Direito Concorrencial e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. p. 2.

<sup>198</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 14.

<sup>199</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. p. 14.

<sup>200</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 21/12/2016.

<sup>201</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 64.

expostas no primeiro capítulo, a formulação de políticas públicas e planejamento setorial. Se adotada a visão de Dinorá GROTTI, nota-se que esses entes não exercem as funções regulatórias oriundas do poder normativo e do poder fiscalizatório e sancionatório; entretanto, estão incumbidos dos poderes para desenvolver a tripla regulação, vez que se englobam dentro de suas respectivas competências os poderes para regular matérias como monopólios, competição e regulação social.

Sendo assim, nota-se que no setor elétrico a regulação não se limita à agência reguladora, mas sim, inicia nos órgãos diretamente vinculados ao Estado e alonga-se até entidades em regime jurídico privado (CCEE e ONS) que atuam diretamente na operação do sistema.

Não é difícil notar que as funções e objetivos assumidos pelo Estado na regulação do setor elétrico, transcendem, em muitos aspectos, as concepções tradicionais do Direito e de suas ferramentas de atuação. É nesse sentido que, ao tratar da regulação e da reforma do Estado, Floriano de Azevedo MARQUES NETO destaca que:

A reforma do Estado, no Brasil e em diversos países ocidentais, aliada à redução da atividade estatal como agente econômico colocou-nos diante da necessidade de se construir uma teoria da regulação estatal em face da ordem econômica. Teoria que não cabe mais nos institutos clássicos pelos quais nós, os administrativistas, lidávamos com o tema. Por anos, basicamente nos ativemos na discussão acerca do serviço público (e dos institutos a ele correlatos: concessão, permissão, empresas estatais, etc) ou no tema do poder de polícia sobre as atividades econômicas. A regulação estatal transcende, em muito, estes dois temas.<sup>202</sup>

Na tentativa de acompanhar as rápidas transformações – sejam tecnológicas, econômicas, culturais, políticas ou sociais – de cada setor regulado da economia o Estado assume funções a cada vez mais complexas que exigem atuação de forma eficiente, inteligente e preparada, considerando a fundo as especificidades de cada setor e, especialmente, considerando os aspectos técnicos e o atendimento ao interesse público ali envolvido. É nesse sentido que a regulação deve se portar como “instrumento capaz de atender a especialidade, complexidade e multiplicidade de

---

<sup>202</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 06/05/2016.

questões econômicas e sociais e entes autônomos, equalizando os interesses em jogo a partir dos diversos atores envolvidos na atividade regulada”.<sup>203</sup>

Cabe ao Estado – e aos agentes reguladores – encontrar mecanismos, dentro do Direito, para regular uma série de atividades distintas e, considerando as peculiaridades setoriais da energia elétrica, compatibilizar a pluralidade de regimes jurídicos, garantir a prestação universal dos serviços públicos envolvidos e dar cumprimento às políticas públicas definidas, enquanto, ao mesmo tempo, deve garantir a eficiência econômica da cadeia produtiva da energia elétrica, garantir a competitividade setorial e regular monopólios.

O desempenho de todas essas atividades demanda uma aproximação entre direito e economia, de modo que os agentes reguladores atuem visando garantir o equilíbrio setorial para garantir o atendimento aos objetivos da regulação. O que, por sua vez, demanda uma concepção institucional da regulação.<sup>204</sup>

É exatamente o que ocorre no caso do setor elétrico. Há objetivos públicos e de relevante interesse coletivo traçados para os agentes reguladores, ao mesmo tempo, há deveres jurídicos a serem cumpridos (por exemplo, deveres inerentes aos serviços públicos) que, concomitantemente, dependem de um resultado econômico eficiente (por exemplo, o retorno esperado dos investimentos realizados).

O caso dos agentes de transmissão de energia elétrica ilustra muito bem a situação: trata-se de caso de serviço público prestado em caráter de monopólio, cujas características e funções (transporte de energia) são essenciais ao bom funcionamento do setor elétrico. A atividade é de relevante interesse coletivo e marcada pelo dever de universalização, continuidade e modicidade. Aos reguladores, como garantidores do equilíbrio sistêmico, ao passo que existe o dever jurídico de garantir esses três princípios do serviço público, há o dever concomitante de garantir a eficiência e o bom desempenho econômico da atividade, afinal, se o serviço é prestado por agentes privados, só haverá interesse no desempenho da atividade (e, conseqüentemente, só haverá universalidade, continuidade e modicidade) se o sistema for dotado da necessária eficiência econômica, promovendo incentivos para a realização e manutenção dos investimentos necessários para a instalação das linhas de transmissão.

---

<sup>203</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 200.

<sup>204</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 133.

A regulação, então, é exercida pelo Estado dentro da ideia de um sistema econômico como um todo, dotado de valores que justificam a incidência regulatória como, por exemplo, o uso racional de recursos escassos, peculiaridades setoriais, objetivos de políticas públicas, hipossuficiências sociais e econômicas, competição e etc. Dentro desse ambiente sistêmico a lógica regulatória persegue o equilíbrio do sistema regulado, com o manejo pelos reguladores dos instrumentos regulatórios aptos a permitir a preservação e reprodução do sistema, assegurando o equilíbrio intra-sistêmico, a consecução de objetivos de interesse geral e a implementação das políticas públicas definidas. Assim, a regulação não envolve apenas uma atuação passiva de preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente, mas sim, a persecução de objetivos de interesse público.<sup>205</sup> Para além do equilíbrio sistêmico, Mario Engler PINTO JUNIOR defende que

a regulação serve ainda para compatibilizar o exercício da atividade empresarial, com outros princípios que informam a ordem econômica (justiça social, função social da propriedade, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego. Nesse sentido, a atuação do Estado regulador pode visar efeitos redistributivos mais amplos, como ocorre quando vincula o prestador de serviço público regulado ao cumprimento de metas de universalização ou integração.<sup>206</sup>

Essa compatibilização é identificada no setor elétrico. É o caso, por exemplo, da operação interligada por meio do SIN. Trata-se de forma operativa que exige intensa regulação sobre todas as etapas da cadeia de produção da energia. Essa regulação consiste, por exemplo, na verificação das quantidades entregues e retiradas por cada agente do sistema e na criação de condições para a comercialização de energia elétrica no SIN, permitindo a entrega de energia elétrica independente de interligação física; na regulação sobre as atividades de transmissão, geração e distribuição para garantia do aproveitamento energético racional (uma das principais funções do ONS); na regulação dos monopólios de transmissão e distribuição para que cumpram as metas de universalização, continuidade e modicidade; nas concessões de distribuição para que forneçam energia, mediante leilões, ao atendimento da demanda das distribuidoras. Veja-se, então, que a regulação que permite a operação interligada deve preocupar-se, ao mesmo tempo com questões econômicas e financeiras, ao passo que cumpre com

---

<sup>205</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 21/12/2016. p. 5.

<sup>206</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006.

objetivos de entrega universal de energia, da modicidade, da segurança do abastecimento energético (intrinsecamente ligado à continuidade), entre outros. A regulação, portanto, se mostra essencial para a conjugação desses interesses, indissociáveis pelas peculiaridades setoriais.

Assim, segundo Vital MOREIRA se identificam duas grandes vertentes da regulação pública da economia: (a) a teoria do interesse público, que justifica a intervenção na necessidade de corrigir falhas de mercado de modo a satisfazer interesses públicos, trata-se de imposição sobre os agentes econômicos em nome de interesses gerais; e (b) a teoria da regulação como meio de proteger as atividades reguladas no sentido de restringir a concorrência excessiva, que pode incidir sobre dois pontos fundamentais, o controle de acesso à determinadas atividades e a disciplina da concorrência. Os objetivos da regulação, em geral, são compostos por objetivos mistos entre as duas motivações.<sup>207</sup>

Diante disso conclui-se que, no caso do setor elétrico, a regulação é essencial no modelo adotado no Brasil, de operação por sistema interligado com segmentação da cadeia de produção energética. Essa operação traz benefícios em prol do relevante interesse coletivo dos serviços de energia elétrica, especialmente no tocante à universalização, modicidade e continuidade. Para atingir aos seus objetivos, entretanto, a regulação deve preocupar-se não somente com elementos jurídicos pertinentes às atividades, mas sim, adotar visão ampla e multidisciplinar, apta a atender as diversas situações da realidade.

Assim, a regulação é entendida como elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. De acordo com Floriano Azevedo MARQUES NETO a regulação:

o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema). O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformadas às necessidades e peculiaridades setoriais.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 42.

<sup>208</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

É nesse sentido, então – e considerando os interesses dos agentes envolvidos, o interesse público pertinente e as necessidades e peculiaridades setoriais – que se passa a compreender a regulação da energia elétrica no Brasil e os seus institutos, sob uma análise pormenorizada e compreendendo a realidade específica do setor, caracterizada pela pluralidade, correlacionando tal realidade com os institutos vigentes, os objetivos do setor, e a forma de incidência dessa regulação estatal.

#### **4. ASPECTOS ECONÔMICOS DA REGULAÇÃO NO SETOR ELÉTRICO**

##### **4.1 O ENFOQUE ECONÔMICO: DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A regulação representa elemento de integração entre o sistema econômico, político e jurídico, a partir dos subsistemas regulados cujos bens, processos econômicos, trocas, agentes, interesses e relações econômicas, de um modo geral, concorrem para o funcionamento e reprodução do sistema regulado.<sup>209</sup> O exercício da regulação envolve a construção de instituições fortes voltadas a garantir o equilíbrio e reprodução do sistema, como meio de obtenção dos resultados pretendidos.

Dada a recorrente mutação e evolução do setor elétrico, que é constantemente transformado pela regulação, pela conduta dos agentes e pela evolução tecnológica, não se mostra viável analisar exaustivamente todos os aspectos da regulação setorial. A cada dia novas resoluções são editadas, atos gerenciais praticados e normas publicadas alterando o arranjo institucional do setor, a alocação de recursos e as relações jurídicas e econômicas entre agentes. Por isso se fez necessário estabelecer recorte metodológico, restringindo o enfoque principal deste trabalho à aspectos típicos do direito econômico e da análise econômica do direito relacionados a: aspectos relativos ao regime jurídico das atividades econômicas desempenhadas (serviço público e atividade econômica) e análise econômica de aspectos regulatórios cruciais que impactam as relações do setor elétrico.

A abordagem proposta, de analisar as relações entre direito e economia na regulação do setor elétrico, parte da ideia defendida por Diogo COUTINHO de que normas, processos e instituições constituem um papel relevante no direcionamento da vida econômica e social, de modo que a efetivação de direitos, em última análise, depende diretamente de resultados eficazes e legítimos das construções institucionais,

---

<sup>209</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

em larga medida jurídicas. Assim, quanto mais eficazes forem as políticas públicas decorrentes desses arranjos institucionais, mais efetivos serão os direitos que se quer ver fomentados.<sup>210</sup> Conclui o autor “que objetivos politicamente escolhidos, ao se materializarem em ações públicas, são definidos, especificados e interpretados por meio do direito”.<sup>211</sup>

Entretanto, a eficácia das políticas públicas implementadas pelos arranjos institucionais deve, obrigatoriamente, considerar a complexidade e peculiaridades do setor econômico envolvido, sob risco de perda de sua eficácia. Isso, como visto, demanda aproximação entre direito e economia e a ampliação do panorama jurídico para que passe a compreender e considerar todas as peculiaridades e tecnicidades de cada ambiente regulado para que os atos atinjam o resultado esperado.

Então, não basta uma análise somente sob o enfoque jurídico. É necessário, para a eficácia dos direitos perseguidos pela regulação, uma abordagem interdisciplinar entre direito, economia, as ciências correlatas à atividade do setor regulado e demais outros campos científicos aplicáveis. No caso da energia, é necessário considerar também as peculiaridades do setor e a complexidade das relações desenvolvidas.

Da mesma forma, não basta avaliar a regulação do setor elétrico somente sob o enfoque da eficiência econômica porque, como visto, o setor é marcado por uma pluralidade de regimes jurídicos, cada qual com suas particularidades e sujeições. Sendo assim não basta que determinado ato regulatório implemente exclusivamente a eficiência econômica em determinada relação no setor, abandonando a consagração dos direitos relacionados àquela atividade. É inegável que a eficiência econômica é dotada de grande relevância e, como será visto, assume um papel central na consagração dos objetivos traçados pela regulação. Entretanto, é preciso que a regulação entre direito e economia cumpra, além da eficiência econômica, com os objetivos setoriais, com o regime jurídico definido para a atividade e com as políticas públicas estabelecidas.

Trata-se de uma relação de dependência entre os objetivos do direito e a eficiência econômica: ao passo que o direito e a regulação não podem focar-se única e exclusivamente na eficiência econômica, esta é essencial para a consagração das políticas públicas e objetivos definidos pelo Direito.

Diante disso, as normas regulatórias devem focar-se, portanto, nas finalidades da regulação, nos objetivos e especificidades do setor regulado, no regime

---

<sup>210</sup> COUTINHO, Diogo R. O Direito Econômico e a Construção Institucional. **Revista Estudos Institucionais**, ano 1, vol. 2, p. 214-262, 2016. p. 223.

<sup>211</sup> COUTINHO, Diogo R. O Direito Econômico e a Construção Institucional. **Revista Estudos Institucionais**, ano 1, vol. 2, p. 214-262, 2016. p. 223.



jurídico incidente sobre a atividade e na eficiência econômica, crescendo-se na estrutura padrão das normas “hipótese de incidência – sanção” o esquema “finalidades – meio de alcance dessas finalidades”. Trata-se de tentar compreender o sistema social e econômico regulado, através da permeabilização com os demais sistemas influenciados, acoplando suas lógicas, com o objetivo de atingir as finalidades na realidade do setor.<sup>212</sup>

O que se busca é verdadeira eficiência regulatória, apta a ensejar o menor sacrifício da liberdade dos atores individuais do setor na persecução de seus objetivos; apta a dar a resposta mais rápida e próxima das necessidades e objetivos do setor regulado; apta a proporcionar o menor dispêndio de recursos para cumprimento das pautas regulatórias; e voltada a construção do maior consenso o possível em torno das medidas a serem implementadas.<sup>213</sup>

Essa busca, além de tudo, não pode ignorar o fato de que, no setor elétrico, diversos agentes operam sob regime eminentemente privado, com interesses lucrativos e em regime de competição, em regime de mercado. A regulação, então, deve preocupar-se também com o equilíbrio desse mercado, visando garantir seus objetivos sem suprimir a liberdade de atuação desses agentes. Acerca da dualidade entre regulação e mercado, Ludwig Von MISES identifica o Estado regulador (chamado pelo autor de intervencionista) como aquele sistema em que as trocas efetuadas no mercado são influenciadas, de alguma maneira, pela autoridade estatal. Desse modo, defende que a única forma possível de julgar as medidas intervencionistas que impactam no mercado é verificar se conseguem produzir os impactos pretendidos pela autoridade.<sup>214</sup>

Esse é o ponto central deste tópico. Com base nos conceitos até então expostos e considerando as especificidades, o arranjo institucional, a pluralidade de regimes jurídicos, a pluralidade normativa, o exercício da regulação por diversos entes estatais e privados, os complexos objetivos do setor e as diferenciadas funções regulatórias, busca-se analisar algumas das principais instituições do setor e verificar se as finalidades e objetivos da regulação estão sendo atingidos.

Para a busca desse objetivo cabe unir a eficiência econômica com o desenvolvimento de todo o sistema regulado, incluindo aspectos econômicos e o

---

<sup>212</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Impacto Regulatório**. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org). Brasília: Anvisa, 2009. p. 44-45.

<sup>213</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69.

<sup>214</sup> MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo, uma Análise Econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 28-30.

sistema legal, de modo que se proporcione o bem estar e se cumpram os objetivos da regulação setorial.<sup>215</sup>

Para tanto, busca-se apoio instrumental em elementos do direito econômico e da Análise Econômica do Direito (“AED”) para analisar aspectos relevantes da regulação do setor elétrico e avaliar, com base no ambiente institucional exposto até aqui, se efetivamente cumprem com os objetivos setoriais, com as finalidades propostas e com os objetivos dos agentes reguladores.

O uso de elementos do direito econômico decorre do papel que desempenha como elemento normativo e constitutivo de instituições econômicas que moldam e regulam a economia, devendo ser instrumentalizado para promover a estruturação e modificação de políticas públicas destinadas a implementar e fomentar direitos individuais, econômicos, sociais e, no caso dos setores regulados, implementar os objetivos e políticas traçadas pela regulação.<sup>216</sup>

Para compreender adequadamente a aproximação entre direito e economia e analisar o caso específico do setor elétrico cabe, primeiramente, destacar alguns aspectos prévios relativos especialmente aos instrumentos de análise que serão aplicados, notadamente o direito econômico e a Análise Econômica do Direito, com foco especialmente na Nova Economia Institucional, marcada pela análise das instituições e dos custos de transação. A compreensão dos instrumentos utilizados é essencial para a abordagem econômica que será utilizada nos próximos tópicos.

A Análise Econômica do Direito é campo do conhecimento voltado a empregar diversidade de ferramentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando seu desenvolvimento e aplicação, principalmente quanto às suas consequências. Configura-se, então, como um método de investigação de um problema, analisando as consequências de uma decisão que verse sobre recursos escassos.<sup>217</sup> Dentre os métodos aplicados, a AED envolve a aplicação de teorias econômicas e métodos econométricos para examinar a formação, estruturação, processos e impactos do direito e instituições jurídicas.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 31.

<sup>216</sup> COUTINHO, Diogo R. O Direito Econômico e a Construção Institucional. **Revista Estudos Institucionais**, ano 1, vol. 2, p. 214-262, 2016. p. 224.

<sup>217</sup> GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-19.

<sup>218</sup> COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

Como uma análise eminentemente consequencialista, a AED pode ser aplicada à diversas áreas do Direito, inclusive podendo auxiliar na promoção e consagração de direitos fundamentais, de modo que não se restringe a discussões sobre dinheiro, capitalismo, finanças e individualismo.

Cabe, então, compreender alguns dos conceitos integrantes do instrumental que embasa a Análise Econômica do Direito e o Direito Econômico, que são pertinentes para as análises que serão realizadas neste trabalho.

A economia neoclássica parte da premissa de que as escolhas individuais são pautadas pela racionalidade, pautadas pelo auto-interesse e maximização da utilidade,<sup>219</sup> de modo que a tomada de qualquer decisão pelos indivíduos envolvidos parte da análise de custos e benefícios, bem como, de que qualquer escolha gera consequências. Nesse cenário, caberia ao regulador analisar as consequências jurídicas e econômicas de suas decisões – nas quais se inclui a prática dos atos e funções típicas da regulação, como visto anteriormente – buscando uma distribuição mais eficiente dos recursos.<sup>220</sup>

A escassez de recursos é premissa fundamental para a análise econômica, isso por que as necessidades humanas são potencialmente ilimitadas enquanto os recursos são limitados, o que gera conflitos em relação a esses recursos. Assim, se não houvesse escassez não haveria conflitos e “consequentemente, não haveria necessidade do direito, pois todas as necessidades seriam satisfeitas”.<sup>221</sup>

Já a racionalidade consiste no pressuposto de que as condutas humanas são orientadas de acordo com ponderação racional entre os benefícios e prejuízos de uma determinada ação ou omissão, de modo que, frente a duas ou mais opções possíveis, o agente racional optará pela opção que seja mais vantajosa.

Dentro desse contexto que ainda considera todas as escolhas como racionais caberia então, ao Direito, criar um padrão decisório coerente a ser utilizado para a destinação dos recursos escassos que proporcionam o atendimento das

---

<sup>219</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 121.

<sup>219</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

<sup>220</sup> BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 35.

<sup>221</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012.

necessidades humanas.<sup>222</sup> Acerca da racionalidade, Rachel SZTAJN identifica o ser racional sob a perspectiva da relação custo/benefício, de modo que este agirá para maximizar o prazer e minimizar o sofrimento, por isso

a definição de padrões de “certo” e “errado”, “lícito” e “ilícito”, “legal” e “ilegal”, “regular” e “irregular” e as respectivas sanções (positivas ou negativas) visam a incentivar o ser humano no processo decisório. (...) Portanto, a racionalidade, central no pensamento econômico, serve ao Direito na medida em que, padrão de comportamento racional do agente permite, com mais facilidade, prever condutas e construir modelos de interação social.<sup>223</sup>

Diante disso, é clara a importância e pertinência da análise regulatória do setor elétrico sob o ponto de vista do direito econômico: o setor vive majoritariamente de recursos escassos, com interesses públicos e privados convivendo sob a mesma esfera regulatória, de modo que condutas humanas racionais podem ser incentivadas via regulação. Toda escolha no setor elétrico envolve, portanto, o atendimento direto a necessidades humanas essenciais, impacta na gestão de recursos escassos – seja água, gás, petróleo, capital, tempo ou a própria energia elétrica em si.

Um estado de equilíbrio geral no setor configuraria a situação de eficiência econômica de ótimo de Pareto: situação em que nenhuma mudança na alocação de recursos poderia melhorar a posição de um ou mais participantes sem que algum outro fique pior; é uma situação de ganhos recíprocos, de *win-win*.<sup>224</sup> Assim, sob o enfoque da economia neoclássica, “normas indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto são vistas como benéficas; normas que dificultam sua obtenção são nocivas”.<sup>225</sup>

Assim, poderia se considerar que todos os agentes econômicos, adotando-se a premissa de que agem racionalmente, sempre adotariam a eficiência de Pareto se tivessem essa alternativa<sup>226</sup>, afinal, se a escolha for estritamente racional, a opção de gerar uma melhora para algum agente sem prejudicar nenhum dos demais será sempre benéfica.

<sup>222</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

<sup>223</sup> SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil**, n. 144, p.221-235, outubro. 2006. p. 225.

<sup>224</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 405.

<sup>225</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62.

<sup>226</sup> DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 39-40.

A eficiência de Pareto adota uma visão que não se mostra compatível com a realidade por desconsiderar uma série de fatores como falhas de mercado, custos de transação, falhas de racionalidade, preferências pessoais dos agentes e etc., além de receber críticas por desconsiderar a eficiência da distribuição inicial dos recursos. Esses fatores dificultam sua aplicação prática, especialmente em setores complexos que envolvam multiplicidade de agentes com interesses interligados, como é o setor de energia elétrica.

Assim, as condições para eficiência de Pareto raramente são encontradas no mundo real, especialmente no setor elétrico em que as transações acabam por invariavelmente gerar efeitos sobre terceiros. Assim, grande parte dos economistas adota o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, segundo o qual, uma transação será eficiente quando o valor total produzido por uma transação seja superior aos prejuízos causados a terceiros, de modo que os ganhadores possam compensar os perdedores.<sup>227</sup> Essa visão de eficiência, apesar de também receber diversas críticas, é mais passível de ser operacionalizada.

De qualquer modo, os critérios de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks apresentam grande utilidade na busca pela eficiência econômica e na busca pela economia de recursos, haja vista que ambos os critérios permitem analisar se uma alteração na alocação de recursos gera situação melhor do que a anterior. Os critérios também tem relevância por permitir que se justifiquem como desejáveis políticas públicas cujo resultado seja eficiente, portanto, maximizem as utilidades envolvidas.<sup>228</sup>

Entretanto, a análise da eficiência econômica não tem a intenção de determinar o que é “bom ou ruim, certo ou errado, justo ou injusto, apenas traçar um critério sob o qual recaia o mínimo de subjetividade a ser balanceada”.<sup>229</sup>

Assim os instrumentos de economia tem a pretensão de mostrar o caminho economicamente eficiente, sem predizer ou aplicar valores e critérios subjetivos, de modo que Richard POSNER chega a afirmar expressamente que não acredita que a economia pode impor um julgamento moral.<sup>230</sup>

Por essa razão, no caso do setor elétrico, não se mostra realista realizar uma análise unicamente sob o enfoque econômico. Isso por que, face ao regime jurídico

---

<sup>227</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 14.

<sup>228</sup> COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

<sup>229</sup> DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 41

<sup>230</sup> “I don’t believe that economics (or any other body of thought, for that matter) can compel a moral judgement”. POSNER, Richard. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Working Paper n. 53, 1998. p. 7.

decorrente da essencialidade da energia elétrica como utilidade de relevante interesse para a coletividade, não basta que a atuação do regulador seja pautada na eficiência econômica, mas sim, deve ser pautada tanto na eficiência econômica como nos valores e princípios que regem o regime jurídico da atividade – o que pode envolver critérios subjetivos não pertinentes à Análise Econômica do Direito. Com isso, pode-se entender o movimento da Análise Econômica do Direito como instrumento para ponderação dos custos econômicos como pressuposto para a observância de preceitos normativos.<sup>231</sup> É nesse sentido que Márcia Carla Pereira RIBEIRO e Diego Caetano da Silva CAMPOS afirmam que

Por certo que o Direito não pode se fazer reduzir ao atendimento dos postulados econômicos, eis que a experiência social não se resume à mera questão econômica, existindo diversos valores que não tem relação alguma com esta seara. No entanto, isso não significa negar a possibilidade de se aplicar a Análise Econômica do Direito para, em uma perspectiva normativa, propor quais seriam as formas mais adequadas de formatar a legislação para atingir a determinados fins estabelecidos na Constituição. Neste caso, não se trata de colocar a eficiência econômica como escopo do sistema, e sim aplicar a AED para prever se o meio escolhido pelo Estado (política pública) se presta ao fim para o qual foi delineado (concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, por exemplo).<sup>232</sup>

A situação exposta pelos autores é exatamente o que se busca nessa dissertação. Aplicar a AED e instrumentos do Direito Econômico para, considerando a perspectiva normativa e regulatória do setor elétrico, buscar formas mais adequadas de atingir os fins da regulação setorial.

Identificam-se – para além da economia neoclássica – três diferentes linhas de pensamento na economia que incluem novos fatores inicialmente não considerados na economia neoclássica. A primeira delas objetiva identificar as falhas de mercado a nível macro ou micro-econômico, de forma a evita-las ou eliminá-las. A segunda linha é a chamada Nova Economia Institucional, que centra parte de seus estudos nas instituições e tem como um dos objetivos diminuir os custos de transação, permitindo que as transações fluam de forma natural em um mercado. O terceiro grupo é formado por economistas que, focados no desenvolvimento, inserem a importância de valores

---

<sup>231</sup> SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Teoria de Coase e o Papel do Direito Para a Eficiência das Relações Empresariais. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 8, nº 1, p. 18-34, jan.-jun., 2017. p. 21.

<sup>232</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012.

dentro de sua teoria econômica.<sup>233</sup> Para os fins do presente trabalho, a análise focará, especialmente, na Nova Economia Institucional e na economia dos custos de transação.

A Nova Economia Institucional rejeita a premissa neoclássica de hiper-racionalidade e comportamento maximizador, adotando, para tanto, a teoria da racionalidade limitada. Douglass NORTH defende que a escolha racional presume que indivíduos conhecem suas necessidades e interesses, agindo de maneira auto-interessada. Entretanto, as escolhas são tomadas em ambiente de incerteza, sendo influenciadas por ideias, ideologias, mitos, dogmas e limitações que, juntamente com as experiências dos ambientes físicos, compõe as experiências humanas e seus modelos mentais.<sup>234</sup>

Assim, por mais que a noção de racionalidade desconsidere critérios subjetivos que influenciam o comportamento humano e que atualmente se reconheça que a racionalidade é limitada, não se nega a possibilidade de que a análise econômica seja complementada por outras ciências que ajudem a compreender esses critérios subjetivos. Assim, por mais que não seja uma ciência perfeita e exata, possui potencial para prever as prováveis reações dos indivíduos perante determinada situação.<sup>235</sup>

Mesmo que se reconheça a racionalidade limitada dos indivíduos, Richard POSNER trata a racionalidade maximizadora como premissa inicial de uma análise econômica, mas não como um conceito certo, afinal, “even perfectly normal people are not always rational”. Assim, entende a conduta racional maximizadora como uma forma de aproximação da realidade.<sup>236</sup>

Assim, se os indivíduos buscam fazer escolhas racionais (mesmo que limitadas) para atendimento de seus interesses pessoais, passam a reagir a incentivos que se relacionem diretamente com seus interesses.<sup>237</sup>

Para o Direito isso é relevante pois permite a criação de estruturas de incentivos e desincentivos que influenciem o comportamento humano em direção ao resultado esperado. Diante disso

---

<sup>233</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In: SALOMÃO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30-31.

<sup>234</sup> NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, p. 359-368, jun., 1994. p. 362-363.

<sup>235</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 317.

<sup>236</sup> Tradução livre: “mesmo as pessoas perfeitamente normais não são sempre racionais”. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014. p. 4.

<sup>237</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014.

a capacidade da norma jurídica de influenciar o comportamento das pessoas está atrelada ao seu poder de aumentar ou reduzir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, induzindo os comportamentos a partir do pressuposto da racionalidade do ser humano. Melhor explicitando, quanto maior for a convicção do indivíduo de que a aplicação da norma jurídica irá aumentar seus prejuízos (gasto de dinheiro, matéria-prima, tempo...), maior será o efeito da norma na escolha de suas condutas, pois, sendo ele racional, irá orientar a escolha de seu comportamento pela opção que lhe pareça mais benéfica, numa análise de custo e benefício.<sup>238</sup>

A concepção da Nova Economia Institucional, marcada pela racionalidade limitada e inserção dos custos de transação nas análises, visa flexibilizar a abordagem neoclássica de que as instituições evoluem necessariamente de modo eficiente, afinal, “se existem falhas de mercado, existem também falhas organizacionais e institucionais que não podem ser tratadas de modo absoluto, mas necessariamente de forma comparada”.<sup>239</sup>

Diante disso, cabe compreender o direito e as instituições como elementos centrais dessa análise. Isso por que, como objeto central da análise econômica, constituem-se como a sustentação aos mercados e aos arranjos organizacionais estabelecidos em ambiente institucional.

Por mais que sejam formadas por Direito e Economia, as instituições influenciam a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos em si. Isso por que afetam diretamente a performance econômica por sua influência sobre os custos de troca e produção e acabam por determinar os custos finais e totais que formam determinada atividade. Assim, a ação individual não é soberana como afirmavam os neoclássicos, mas sim, influenciada pelas instituições formais e informais.<sup>240</sup> Douglass NORTH, define as instituições como restrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana, sendo formadas por restrições informais – como normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos; e restrições formais – como regras, leis, constituições. Essas instituições juntas, e considerando suas respectivas características impositivas, definem a estrutura de incentivos das sociedades e das economias.<sup>241</sup>

---

<sup>238</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012. p. 317-318.

<sup>239</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 2-3.

<sup>240</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

<sup>241</sup> NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, p. 359-368, jun., 1994. p. 360.



A análise das instituições se torna especialmente relevante quando considerados os custos de transação. Douglass NORTH identifica a conexão crucial entre as teorias neoclássicas e as instituições<sup>242</sup> a partir dos estudos de Ronald Coase. Isso por que COASE demonstrou que o resultado de mercado eficiente da economia neoclássica só poderia ser obtido em ambiente sem custos de transação. Entretanto, havendo custos para realizar transações em um mercado, os arranjos institucionais ganham importância.<sup>243</sup>

Portanto, o Direito deve levar em conta não somente a economia, mas, também, as instituições e organizações a fim de possibilitar a busca por resultados que atendam à complexidade da realidade. O Direito, então, está intimamente ligado à Economia na medida em que não existem fatos econômicos não influenciados pelas instituições criadas e suportadas pelo Direito.<sup>244</sup>

Nesse sentido a Nova Economia Institucional, segundo José Maria RAMOS e Francisco Carlos DUARTE:

Ganha destaque no meio científico como uma teoria que visa defender o papel das instituições no processo do desenvolvimento econômico a partir da análise conjunta de regras formais e informais, relacionadas a direitos de propriedade, tributos, defesa da concorrência, meio ambiente e outros aspectos que regulam a ação dos agentes e as organizações instituídas. É uma aproximação conjunta do Direito e da Economia ou a Análise Econômica do Direito.<sup>245</sup>

A Nova Economia Institucional, então, foca seus estudos sobre as instituições, assumindo as premissas de que (a) as instituições são importantes para a análise econômica, (b) a determinação das instituições pode ser compreendida e aplicada pelo instrumental da teoria econômica, (c) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva. Assim, relativizam alguns conceitos da economia neoclássica, de modo a que passem a considerar a influência das

---

<sup>242</sup> NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, p. 359-368, jun., 1994. p. 360.

<sup>243</sup> COASE, Ronald H. O Problema do Custo Social. In: COASE, Ronald H.. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95-152.

<sup>244</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Ano 51, n. 203, jul./set. 2014. p. 73-89.

<sup>245</sup> RAMOS, José Maria; DUARTE, Francisco Carlos. Análise econômica do direito na defesa da concorrência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 31-47, maio/ago. 2016.

instituições.<sup>246</sup> Nesse quadro, Marcia Carla Pereira RIBEIRO e Eduardo Oliveira AGUSTINHO afirmam tem como princípios fundamentais:

(...) (i) a assunção de que os indivíduos seguem o autointeresse consoante com sua racionalidade, a qual é sujeita a limitações mais numerosas do que aquelas assumidas pelos neoclássicos; (ii) os indivíduos buscam a maximização da riqueza, cuja concepção é a de persecução de estruturas institucionais que aprimorem a capacidade de produção na sociedade.

No âmbito da Nova Economia Institucional as instituições são analisadas como macroinstituições – como um conjunto de normas, leis e regimes que regulam o sistema econômico pelo ambiente institucional; e microinstituições, que correspondem à estruturas que regulam relações específicas entre indivíduos.<sup>247 248</sup>

No setor elétrico as instituições assumem papel de destaque. As especificidades setoriais acabam por gerar custos de transação ou ineficiências de mercado que, muitas vezes inevitáveis do ponto de vista técnico, podem ser relativizados pela boa atuação das instituições em aumentar a eficiência econômica das trocas e das alocações de recursos no setor. Das questões relevantes decorrentes das especificidades – algumas, por enquanto, inevitáveis – do setor elétrico podem ser citadas, por exemplo, (a) o elevado índice de integração que torna a prática de qualquer ato suscetível de externalidades sobre os demais agentes setoriais; (b) a impossibilidade de estoque da energia; (c) a existência de sistemas integrados e isolados; (d) a entrega simbólica de energia ao SIN, com liquidação financeira realizada pelos agentes reguladores; (e) as flutuações contínuas de demanda; (f) a elevada diferença entre pico e média de consumo; (g) a variedade de fontes; (h) o alto custo da infraestrutura; e (i) a impossibilidade de previsão certa sobre as condições operativas futuras. Todos esses fatores impactam, diretamente, na operação e nas trocas realizadas no âmbito do setor elétrico.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 130.

<sup>247</sup> RAMOS, José Maria; DUARTE, Francisco Carlos. Análise econômica do direito na defesa da concorrência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 31-47, maio/ago. 2016.

<sup>248</sup> Para Márcia Carla Pereira RIBEIRO e Eduardo Oliveira AGUSTINHO, as macroinstituições são intituladas “Ambiente Institucional”, enquanto as microinstituições são o “Arranjo Institucional”. Ver RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 131.

<sup>249</sup> CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Regulação do setor elétrico e custos de transação: a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 213-230, jan./mar. 2014.

A eficiência econômica é essencial, especialmente se considerado que grande parte dos contratos firmados no setor elétrico são contratos de concessão e infraestrutura, usualmente ligados à altos investimentos amortizados a longos prazos. Nesse cenário, ineficiências econômicas acabam sendo determinantes para as decisões econômicas “tendo em vista os prejuízos advindos da dificuldade de interpretar e obrigar sua execução, principalmente em um ambiente de imprevisibilidade econômica, jurídica e política do país”.<sup>250</sup> Por isso cabe ao Direito e às instituições, no setor elétrico, focar sua atuação não apenas na garantia dos direitos envolvidos, mas também na eficiência econômica, sob risco de onerar excessivamente ou até, em casos extremos, inviabilizar os investimentos – e o conseqüente desenvolvimento – no setor.

Essa abordagem instrumental ganha maior relevância em momento em que o Estado passa a justificar a não concretização de direitos por motivos econômicos (a chamada “reserva do possível”). Independente da validade ou não do argumento invocado pelo Estado, o fato de ser invocado no mundo jurídico já indica a relevância da busca pela eficiência econômica que, em realidade, não é contrária, mas sim, harmônica à concretização de direitos.<sup>251</sup>

A pluralidade jurídica, somada à expressiva margem de liberdade conferida aos reguladores para implementar as medidas necessárias para cumprir com os objetivos setoriais e políticas públicas definidas, é fator que indica a relevância da aplicação da Análise Econômica do Direito ao setor elétrico. Isso por que reconhecendo-se que a efetividade do Direito é influenciada pelas condicionantes sociais, econômicas e culturais do sistema regulado, que o regulador tem grande liberdade para definir as medidas necessárias e que os resultados da regulação nem sempre produzem os efeitos almejados ou acabam se voltando contra o próprio direito que se buscava proteger, a análise econômica – como movimento consequencialista que busca antever resultados, efeitos e conseqüências – se mostra relevante instrumento na busca pelos resultados pretendidos pelo regulador, buscando evitar conseqüências adversas ou inefetividade do Direito.<sup>252</sup>

Diante disso, a AED é útil ao Direito na medida em que oferece e representa um “instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e,

---

<sup>250</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Ano 51, n. 203, jul./set. 2014.

<sup>251</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012.

<sup>252</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012.

principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos”.<sup>253</sup>

Assim pode-se entender as instituições, que como visto são transformadas pelo Direito, como estruturas de incentivos das sociedades, que interferem diretamente nas escolhas realizadas e estruturam a interação humana.<sup>254</sup> Assim, segundo Richard POSNER, a Análise Econômica do Direito

tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values.<sup>255</sup>

A análise econômica, no contexto deste trabalho, será instrumental utilizado para analisar as consequências e efeitos da regulação aplicada ao setor elétrico. Por mais que exista um grau de incerteza nessa análise e a impossibilidade de prever com perfeição todas as situações, Richard POSNER defende que a incerteza é elemento integrante da análise e dos estudos de economistas.<sup>256</sup> Assim, por mais que não se possa antever resultados com absoluta precisão, a utilização de instrumentos da economia é de grande relevância na busca por maior efetividade do direito, e na busca da consecução dos resultados pretendidos.

Essa busca por efetividade deve considerar que, sob um enfoque econômico, o Direito se constitui como estrutura de incentivos e desincentivos aos quais as pessoas respondem, de modo que, sob uma ótica consequencialista, as normas devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso as normas sejam alteradas, devendo-se levar em consideração, ainda, a possibilidade de que a mudança de conduta gere efeitos indesejados ou não previstos.<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup> GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan.-jun/2010. p. 8.

<sup>254</sup> SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Teoria de Coase e o Papel do Direito Para a Eficiência das Relações Empresariais. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 8, n° 1, p. 18-34, jan.-jun., 2017. p. 28.

<sup>255</sup> Tradução livre: “tenta explicar e prever o comportamento de participantes e pessoas reguladas pela lei. Também tenta aprimorar a lei apontando matérias em que a lei existente ou proposta tem efeitos indesejados ou inesperados, seja quanto à eficiência econômica, ou a distribuição de recursos, riqueza ou outros valores”. POSNER, Richard A. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Working Paper n. 53, 1998. p. 2.

<sup>256</sup> POSNER, Richard A. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Working Paper n. 53, 1998. p. 3.

<sup>257</sup> GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan.-jun/2010. p. 23.

O que será considerado, na análise pretendida, aqui, é que a regulação estatal sob o setor energético não é necessariamente prejudicial, tampouco necessariamente benéfica, seguindo-se a conclusão de Ronald COASE no sentido de que

a regulação governamental direta não produzirá, necessariamente, melhores resultados do que deixar que o mercado ou a firma resolvam o problema. Do mesmo modo, porém, não há razão pela qual a regulação administrativa governamental, em determinadas ocasiões, não possa conduzir a uma melhora da eficiência econômica. Esta situação parecer particularmente provável quando, tal como no caso da perturbação pela fumaça, estiver em jogo um grande número de pessoas, de tal forma que os custos da resolução do problema por meio do mercado ou da firma forem elevados.<sup>258</sup>

O que se busca, então, é identificar situações regulatórias específicas e analisar os efeitos e possíveis falhas, de modo a orientar uma análise que vise a implementação da regulação.

Dentre as causas de ineficiência econômica, além das falhas regulatórias, pode se identificar as falhas de mercado – algumas delas decorrentes diretamente de aspectos institucionais, como se verá adiante – das quais se destacam, como principais: os monopólios e formas de concorrência disfarçadas ou falseadas; os bens coletivos; as externalidades; a informação incompleta ou assimetria de informações entre participantes de uma operação; e a racionalidade limitada.<sup>259</sup>

Transpondo essa análise para o setor elétrico, e considerando o instrumental da AED exposto e os aspectos relativos ao direito econômico, passa-se a analisar os seguintes aspectos – tanto sob o enfoque econômico como sob o aspecto jurídico considerando os regimes jurídicos incidentes – que se mostram de grande relevância para o desenvolvimento do setor: (a) as transações, custos de transação e investimentos no setor elétrico; e (b) os monopólios.

A análise desses fatores se justifica por tratarem-se de temas que representam questões de grande relevância para o setor, cujos efeitos se estendem a grande parte dos agentes. Ademais tratam-se de temas e falhas que podem, em alguma medida, ser solucionados por alterações institucionais.

Assim, busca-se a seguir descrever os fatos e analisar os efeitos e consequências da regulação, com enfoque especialmente sobre as transações e investimentos no setor elétrico e os monopólios, visando buscar soluções eficientes com

---

<sup>258</sup> COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 118.

<sup>259</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 405.

base em aspectos econômicos e com base no regime jurídico pertinente – que, como visto, é indissociável da realização de certas atividades do setor elétrico.

Não se olvida que muitos temas seriam pertinentes para a presente análise, entretanto, pela impossibilidade de exaurir a análise da regulação do setor elétrico, dada a sua constante mutação, optou-se por exercer recorte metodológico sobre questões centrais que, se aperfeiçoadas, podem impulsionar mudanças futuras mais profundas que, gradualmente, reduzam posteriores falhas e ineficiências setoriais.

#### 4.2 TRANSAÇÕES, CUSTOS DE TRANSAÇÃO E INVESTIMENTOS NO SETOR

A complexidade das relações estabelecidas no setor elétrico e as peculiaridades dessa indústria, como o fato de (ainda) não existir forma economicamente viável de armazenamento de energia, tornam a discussão sobre as transações, custos e investimentos essenciais para o bom desempenho do setor elétrico.

Veja-se que, se a energia não pode ser armazenada, o atendimento de qualquer demanda energética por agentes privados depende diretamente de transações (que garantam o atendimento da demanda) ou investimentos (que garantam a produção da própria energia). Do mesmo modo, o Estado e os agentes reguladores mantêm constante preocupação com o planejamento e equilíbrio setorial – como visto, objetivos da regulação do setor elétrico – que, por sua vez, dependem diretamente da realização de investimentos por agentes privados, atendendo a crescente demanda por energia. Mesmo nos casos de desempenho de atividade econômica diretamente pelo Estado, com a internalização desses custos, é essencial a adoção de métodos que garantam maior economicidade e eficiência à exploração das atividades, em atendimento aos objetivos setoriais e ao regime jurídico público de exploração das atividades diretamente pelo Estado.

Sendo assim, é essencial que o setor seja dotado de ambiente propício para a realização de trocas e investimentos, seja pelo Estado ou por particulares. Tratando-se de setor altamente regulado, por uma pluralidade de entes públicos e privados, é essencial que a regulação praticada viabilize e permita eficiência econômica à essas transações e investimentos, de modo que, induzir práticas eficientes pode beneficiar o setor de um modo geral. Afinal, se as transações são estritamente essenciais ao bom funcionamento do setor elétrico, e se “quanto mais eficiente for o mercado, maior será

a redução dos custos de transação, aumentando, assim, o número de negociações”,<sup>260</sup> é interesse da regulação no setor elétrico garantir a eficiência desse mercado.

Uma das mais relevantes questões a serem consideradas na regulação do setor elétrico são os custos de transação. Essa análise é especialmente relevante face às premissas da Nova Economia Institucional de que esses custos existem e de que a racionalidade é limitada, o que exige uma análise conjunta entre Direito, Economia, organizações e instituições, visando possibilitar um entendimento mais profundo da complexidade da realidade.<sup>261</sup>

A consideração da existência de custos de transação positivos é elemento essencial para conferir um grau de realidade às análises econômicas. Ronald COASE possui relevante contribuição nessa área especialmente com a conclusão, em seu artigo “O Problema do Custo Social”, de que em um ambiente sem custos de transação a alocação inicial dos direitos é irrelevante, isso por que se os custos para transacionar são nulos os agentes negociarão até obter o resultado mais eficiente, independente do arranjo institucional aplicável (o chamado Teorema de Coase<sup>262</sup>).<sup>263</sup> A conclusão de COASE é a de que “o resultado final (que maximiza o valor de produção) independe do sistema jurídico desde que se assuma que o sistema de determinação de preços funcione sem custos”.<sup>264</sup>

Essa análise, entretanto, pressupõe ambiente sem custos de transação e, como afirma o próprio Ronald COASE, é baseada em um pressuposto muito pouco realista. Isso por que para realizar qualquer transação em um determinado mercado é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar a intenção em fazer a transação, negociar os termos, conduzir as negociações que levam a um acordo, redigir contratos, realizar inspeções necessárias para assegurar os termos do contrato, fiscalizar o seu cumprimento e etc. Portanto, toda transação em um mercado realista, possui custos.<sup>265</sup>

José Inacio Ferraz de Almeida PRADO FILHO afirma que, o que Ronald Coase procurou demonstrar, em realidade, é que os custos de transação não são nulos,

---

<sup>260</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014. p. 110.

<sup>261</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 4.

<sup>262</sup> A denominação “Teorema de Coase” não foi criada por Ronald Coase, mas sim, como afirma o próprio autor, formalizada por George J. Stigler. Ver: COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15.

<sup>263</sup> COASE, Ronald H. O Problema do Custo Social. In: COASE, Ronald H.. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 95-152.

<sup>264</sup> COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 104.

<sup>265</sup> COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 114.

de modo que a alocação inicial de direitos não é irrelevante.<sup>266</sup> As instituições, assim, tem grande importância. O autor prossegue e afirma que:

assumir um mundo sem custos de transação implica que o problema não existirá, de maneira que a única abordagem teórica restante é identificar como será distribuído o excedente. Trata-se, evidentemente, de uma abordagem teórica válida, mas que serve para responder a uma outra pergunta, qual seja, como duas pessoas distribuirão entre si um bem divisível.<sup>267</sup>

A ficção de um ambiente com custos de transação nulo, então, por mais que seja descolada da realidade, é útil para demonstrar qual seria a distribuição eficiente de recursos que, por mais que não seja atingível em um mundo com custos de transação, indica um referencial a ser buscado passível de permitir negociações eficientes e exitosas. Esse referencial teórico a ser buscado é relevante, especialmente se for considerado o entendimento de Robert COOTER e Thomas ULEN no sentido de que a negociação é *necessariamente* exitosa em um ambiente sem custos de transação.<sup>268</sup>

No campo jurídico, dentre as variadas conclusões possíveis sobre o Teorema de Coase, pode-se entender o papel do Direito como instrumento apto a reduzir custos de transação, proporcionando assim maior eficiência econômica e aumentando o poder dos agentes envolvidos de negociarem livremente, buscando solução eficiente para os conflitos distributivos. Afinal, se um ambiente sem custos de transação favorece a obtenção de resultado eficiente, é interesse do Direito proporcionar o ambiente apto a obter esse resultado.

Ao mesmo tempo, a questão dos custos de transação importa para o Direito na medida em que, sendo exacerbados os custos para efetuar determinada transação, deverá haver intervenção do Direito, como um arranjo institucional, para tornar mais eficientes as relações econômicas e permitir a ocorrência das transações.<sup>269</sup> A existência de custos de transação excessivamente altos acaba por inviabilizar a livre barganha, que ocorre somente quando a vantagem recebida pelas partes for superior aos custos envolvidos.

---

<sup>266</sup> PRADO FILHO, A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. UC Berkeley. mai. 2007.

<sup>267</sup> PRADO FILHO, A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. UC Berkeley. mai. 2007.

<sup>268</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 85.

<sup>269</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 125.



Disso decorre que, se custos de transação existem e se a alocação de direitos influencia o resultado eficiente, em casos de custos de transação excessivos a ponto de inviabilizar a negociação entre as partes, a alocação desses direitos é o que influenciará diretamente nas transações, que passarão a depender diretamente dessa alocação. É nesse sentido que Robert COOTER e Thomas ULEN defendem que “when transaction costs are high enough to prevent bargaining, the eficiente use of resources will depend on how property rights are assigned”.<sup>270</sup>

Além disso, a existência de custos de transação positivos ressalta a importância das instituições – que, como visto, são formadas por direito e economia –, afinal, se a realidade não permite pressupor que as partes negociarão livremente e chegarão sem custos à melhor alternativa possível e se, havendo custos, a alocação de direitos importa para a negociação, conclui-se então que as instituições possuem relevância na eficiência das relações estabelecidas. Nesse sentido, MACKAAY e ROUSSEAU afirmam que:

decorre que o papel do direito, e o escopo sobre o qual as regras devem ser escolhidas, variam em função dos custos de transação. Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos com relativa indiferença – com a condição de que o façam com precisão – sabendo que a má atribuição será corrigida pelo “mercado”, segundo as necessidades das transações entre as partes. À medida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que, cada vez mais, se façam boas formulações de direitos.<sup>271</sup>

Assim, busca-se compreender as transações no setor elétrico em si, abordando seus custos, o papel da regulação, do direito, e possíveis ineficiências. A relevância da análise das transações no setor elétrico reside na essencialidade destas no atendimento da demanda energética. Como visto, o atendimento dessa demanda está intrinsecamente ligado à realização de constantes transações. Assim, garantir eficiência e redução de custos, representa atendimento mais eficiente à demanda energética, o que beneficia a todo o setor.

Transferir a análise das commodities para as transações, segundo Oliver WILLIAMSON traz diversas novas possibilidades de análise, especialmente quanto às

---

<sup>270</sup> Tradução livre: “Quando os custos de transação forem altos o suficiente para impedir a barganha, o uso eficiente dos recursos vai depender de como os direitos de propriedade estão definidos”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 85.

<sup>271</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 215

estruturas de governança e as instituições que firmas e mercados utilizam, e suas respectivas capacidades para economizar em custos de transação.<sup>272</sup>

Esse enfoque é especialmente relevante no setor elétrico, isso por que as transações e investimentos no setor são marcadas por altos custos de transação e pela complexidade dos contratos e investimentos realizados. Assim, a análise das transações não pode ser dissociada das peculiaridades setoriais.

Como visto – dentre os diversos objetivos, funções e competências – cabe aos reguladores do setor elétrico, de um modo amplo, garantir o equilíbrio e eficiência do setor regulado. O setor é marcado pelo investimento intensivo de capital e por transações constantes, tanto no ACL como no ACR, que garantem o atendimento às necessidades dos agentes setoriais.

Assim, a adoção de métodos que reduzam custos de transação e garantam ambiente propício para transações eficientes e a busca pela melhor alocação dos recursos são essenciais para garantir atendimento aos objetivos da regulação setorial, dentre os quais garantir a estabilidade e segurança do setor. Isso por que, segundo José Osório NASCIMENTO NETO e Oksandro Osdival GONÇALVES, uma norma será mais eficiente se for capaz de atingir os resultados pretendidos por custos menores.<sup>273</sup>

Veja-se que, além das transações entre agentes privados, deve se considerar que, havendo necessidade de intenso capital para proporcionar os investimentos necessários ao desenvolvimento do setor, há conseqüente necessidade de reduzir os custos de transação para permitir melhor negociação e obtenção de resultado mais eficiente. Especialmente em atividades exercidas em regime de direito público que, conseqüentemente, estão diretamente atreladas ao princípio da economicidade, assim como, em casos de a atividade caracterizar-se como serviço público, a economia em custos de transação é essencial para se garantir o dever de modicidade tarifária. Independente do regime jurídico da atividade desempenhada, e do seu caráter público ou privado, a realização de investimentos eficientes por transações que economizem em custos de transação é benéfica ao setor regulado de um modo geral.

Sobre os custos de transação, MACKAAY e ROUSSEAU ilustram sua análise sob o enfoque de eventual acordo, que apesar de parecer proveitoso, não se concretiza por que as partes não possuem informação suficiente sobre as possibilidades

---

<sup>272</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, issue 3, p. 548-577, nov., 1981. p. 549.

<sup>273</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014. p. 109.

de mercado, sobre os potenciais parceiros, sobre a qualidade do objeto, sobre as condições do mercado e, mesmo que essas informações estejam disponíveis, haveria custos para compreensão.<sup>274</sup> Exemplificam, assim, como os custos de transação podem inviabilizar eventual acordo.

Assim, identificam os seguintes custos de transação, com o alerta de que a natureza dos custos de transação varia em cada forma de organização: (a) custo de informação, envolvendo avaliar o número de intervenientes com os quais é preciso compor, a natureza da negociação, custos para obtenção e compreensão de informações; (b) custos de negociação e decisão, como os custos decorrentes da descoberta das preferências e dificuldades dos intervenientes do acordo e definição do nível de detalhe que se deseja inserir nos contratos; e após a celebração dos contratos surgem os (c) custos de fiscalização e de sanção, que podem ter muitas ramificações a depender, por exemplo, da prevenção por negociação e contratos mais detalhados, ou da reputação dos agentes envolvidos, podendo ser entendidos como sanções privadas ou públicas – por tribunais ou agentes reguladores, por exemplo.<sup>275</sup>

Esses custos, segundo Oliver E. WILLIAMSON são importantes para o mundo das transações e contratos, entretanto, esses mundos são extremamente complexos, devendo ser analisados de modo pormenorizado. Assim, a análise geral dos custos de transação captura os principais problemas existentes, entretanto, deve ser transportada para a estruturação das diferentes organizações.<sup>276</sup> É isso que se pretende a partir de agora: analisar, sob o enfoque geral até então exposto, os custos de transação do setor elétrico.

A complexidade das relações estabelecidas no setor, naturalmente, gera custos inevitáveis. Isso por que o setor é marcado por uma pluralidade de agentes e por especificidades que demandam conhecimento técnico qualificado, com expertise para compreender situações específicas relativas às tecnicidades, além de um alto custo de compreensão e processamento de informações. Ao mesmo tempo, situações que em transações de mercado seriam altamente custosas tem seus efeitos minimizados pela regulação setorial. Essas situações serão analisadas a seguir.

São identificados por Robert COOTER e Thomas ULEN três estágios distintos das transações, cada uma com um tipo específico de custos de transação: (a)

---

<sup>274</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219.

<sup>275</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-220.

<sup>276</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. **The Journal of Law and Economics**, vol. 22, n. 2, p. 233-261, oct. 1979. p. 261.

custos de procura (*search costs*), (b) custos de barganha (*bargaining costs*) e (c) custos de cumprimento (*enforcement costs*).<sup>277</sup>

Os custos de procura tendem a ser altos para bens e serviços únicos, com especificidades que tornem esses bens dotados de particularidades e reduzidos para bens e serviços padronizados, isso por que os contratantes “in these circumstances can easily turn to alternative sources and suppliers can sell output intended for one buyer to other buyer without difficult”.<sup>278</sup> É o caso da energia elétrica. Nas transações realizadas nos mercados de energia elétrica não se vislumbram custos de procura para identificar o produto demandado pelos compradores, afinal, a energia é um bem fungível que não se diferencia entre si. Os custos de procura, nesse caso, residem na busca, dentre os diversos agentes setoriais, daquele com condições de satisfazer as necessidades de quantidade, preço e condições comerciais exigidas.

Esses custos geram reflexo nos custos de barganha, que decorrem em grande parte de problemas informacionais. Isso por que, nas negociações dentro dos mercados de energia, grande parte das informações são privadas, de modo que uma parte tem conhecimento superior sobre os valores e condições do mercado em relação às outras. Isso reflete na negociação desenvolvida pois, segundo COOTER e ULEN, negociações tendem a ser mais simples e fáceis quando os valores e a solução cooperativa são informações públicas e conhecida pelas partes.<sup>279</sup>

A informação privada gera custos às negociações pois, durante o processo de barganha – e para que a negociação seja exitosa – deve ser convertida em informação pública. Aqui reside, também, o problema de assimetria informacional. Cada parte possui informações privadas que são desconhecidas das demais envolvidas. Assim, ao mesmo tempo em que buscam informações durante o curso das negociações, as partes vão tentar manter suas informações privadas. O balanceamento desse conflito gera custos de negociação e barganha.<sup>280</sup>

No setor elétrico essa questão é essencial. Em exemplo hipotético de um contrato de comercialização de energia no ACL, veja-se que um consumidor livre que negocie a compra de energia elétrica de comercializador de energia está em posição de assimetria quanto ao preço e as condições de mercado. O comercializador detém informação privada sobre o preço médio que pratica com seus demais clientes, sobre o

---

<sup>277</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 88.

<sup>278</sup> Tradução livre: “[os compradores] nessas circunstâncias podem facilmente buscar fontes alternativas, e fornecedores podem vender sua produção de um comprador para outro comprador sem dificuldades”. WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, issue 3, p. 548-577, nov., 1981. p. 555.

<sup>279</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 88.

<sup>280</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 89.

preço de compra ou produção dessa energia, sobre as condições comerciais que está disposto a aceitar enquanto, ao mesmo tempo, não tem informações completas sobre a disponibilidade financeira, sobre a saúde financeira, sobre o desenvolvimento dos negócios de seu potencial cliente. Há informações privadas de ambos os lados, gerando assimetria informacional e custos decorrentes, que devem ser superados para que as partes possam chegar a negociação exitosa.

Caso a negociação seja estabelecida entre duas grandes empresas com reputação conhecida no setor, os custos podem ser amenizados pela maior quantidade de informações públicas sobre as partes envolvidas. Da mesma maneira, empresas que detenham larga experiência em transações no setor elétrico (grandes consumidores livres, por exemplo, que negociem diversos contratos de compra e venda de energia por longos prazos para tender sua demanda) terão menores custos de informação, haja vista que sua experiência anterior e suas múltiplas negociações fornecem informações sobre o mercado. Mesmo assim, não haverá informações completas para as partes envolvidas.

A terceira espécie de custos de transação especificados por COOTER e ULEN trata dos custos de cumprimento. Essa fase negocial se inicia com as tratativas contratuais, que serão mais custosas quanto maior a complexidade da relação estabelecida, face à necessidade de antever eventuais contingências entre as partes.<sup>281</sup> Assim como os custos anteriormente analisados, os custos de cumprimento também possuem grande relevância para o setor elétrico.

Os contratos celebrados nos mercados de energia são complexos e, usualmente, envolvem a antecipação de diversas contingências, além da exigência de garantias financeiras e atendimento à regulação imposta especialmente pela Aneel e CCEE. Mesmo os contratos celebrados no ACL, livremente negociados e regidos majoritariamente pela livre iniciativa, estão sujeitos às Regras de Comercialização de energia elétrica da CCEE, à Convenção de Comercialização instituída pela Aneel por meio da Resolução Normativa 109 de 26 de outubro de 2004, e à toda regulação setorial incidente. Dentre as disposições regulatórias que incidem sobre esses contratos, por exemplo, há exigência de garantias financeiras que assegurem a obrigação de seu

---

<sup>281</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 89.

cumprimento, e obrigatoriedade de que contemplem questões técnicas como montantes de energia, potência, prazos, preços, sazonalidade, modulação e etc.<sup>282 283</sup>

O simples fato de os contratos celebrados no setor elétrico serem complexos gera custos, afinal, a complexidade demanda custos para redação – que envolve a contratação de advogados e consultores –, monitoramento e cumprimento dos contratos.<sup>284</sup> Nesse sentido que COOTER e ULEN afirmam que “for complex transactions, monitoring behavior and punishing violations of agreement can be costly”.<sup>285</sup>

Nesse ponto o papel da CCEE como agente regulador parece ser benéfico no sentido de reduzir custos de monitoramento e cumprimento dos contratos. Por mais que a negociação seja realizada em ambiente livre entre as partes interessadas, a liquidação das operações e a medição dos montantes efetivamente entregues e retirados de energia é feita diretamente pela CCEE. As partes, assim, tem reduzido o seu custo de monitoramento, afinal, precisam preocupar-se apenas em registrar a energia no sistema da CCEE e receber ou efetuar o pagamento pela energia. Todo o restante é feito diretamente pela CCEE.<sup>286</sup>

Essa redução de custos é essencial para o desenvolvimento do setor regulado, isso por que os custos de monitoramento e cumprimento elevariam também os custos de informação. As partes interessadas em realizar transação no mercado de energia teriam não somente que monitorar o cumprimento dos seus contratos mas, especialmente, obter informações e conhecimento técnico para processar esse monitoramento. Outra alternativa, evidentemente, seria a contratação de consultorias para realização de tal trabalho. Qualquer uma das alternativas ampliaria os custos de transação.

Os custos de transação podem, também, decorrer da incerteza. Essa incerteza leva os agentes a hesitar em se comprometer diante do risco de que a

---

<sup>282</sup> CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Regras de Comercialização**. Disponível em <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos\\_menu\\_lateral/regras?\\_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F\\_afLoop%3D581727856253483%26\\_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F_afLoop%3D581727856253483%26_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg_4)>. Acesso em 29/11/2017.

<sup>283</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 109 de 26 de outubro de 2004**. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>>. Acesso em 28/12/2017.

<sup>284</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, issue 3, p. 548-577, nov., 1981. p. 553.

<sup>285</sup> Tradução livre: “em transações complexas, monitorar o comportamento e punir violações do acordo podem gerar custos”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 90.

<sup>286</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 109 de 26 de outubro de 2004**. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>>. Acesso em 28/12/2017.

evolução da conjuntura econômica atrapalhe seus planos.<sup>287</sup> Os custos decorrentes da incerteza também são relevantes no setor elétrico, por razões que decorrem diretamente das especificidades do setor.

O funcionamento do setor depende do bom aproveitamento de recursos escassos, como água e combustíveis fósseis. Por mais que exista um profundo trabalho do ONS em garantir a estabilidade e segurança do setor<sup>288</sup>, não há possibilidade de prever, com absoluta precisão, as futuras condições de operação. Isso é relevante por razão muito simples: o setor elétrico brasileiro opera majoritariamente por usinas hidráulicas<sup>289</sup>, de modo que, condições climáticas desfavoráveis agravam a escassez energética e conduzem à necessidade de operação de usinas por fontes diversas e mais onerosas (por exemplo, usinas movidas à carvão ou gás natural). Isso, por sua vez, altera as condições operativas do setor, sua conjuntura econômica e eleva o preço da energia elétrica.

Diante disso, a atuação dos agentes reguladores no sentido de manter o equilíbrio e estabilidade setorial (notadamente a atuação do ONS na busca pelo aproveitamento ótimo dos recursos) é apta a minimizar os efeitos dos custos de incerteza. Entretanto, diante das peculiaridades setoriais e da matriz energética nacional, não há possibilidade de anulação total desses custos, mesmo assim, a atuação dos agentes reguladores parece ser positiva no sentido de reduzi-los.

Por outro lado, a atuação de agentes reguladores pode também agravar os custos de incerteza. Veja-se, como exemplo, a republicação dos preços de energia de curto prazo para todas as semanas de novembro de 2016 e para as três primeiras semanas operativas de dezembro de 2016, por meio do despacho nº 3.280 de 14 de dezembro de 2016 pela Aneel.<sup>290</sup> Referido despacho tratou de determinar, em dezembro, a republicação do preço de energia que havia sido praticada no mês de novembro de 2016. Entretanto, para aquele mês a liquidação financeira da CCEE já havia sido realizada com base no preço estabelecido inicialmente, os agentes já tinham recebido ou efetuado pagamentos pelos valores do mercado de curto prazo. A

---

<sup>287</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 221.

<sup>288</sup> Veja-se, por exemplo, os sumários semanais do Planejamento Mensal de Operação – PMO, que indicam as alterações climáticas relevantes, previsão climática, tratam das notícias relevantes para aquela respectiva semana, previsão de carga e produção de energia, dentre outros dados relevantes. Disponível em: <<http://ons.org.br/pt/paginas/energia-no-futuro/programacao-da-operacao>>.

<sup>289</sup> Em fevereiro de 2018, aproximadamente 60% de toda a energia gerada no sistema elétrico brasileiro decorre de fonte hidráulica, conforme Banco de Informações de Geração disponibilizado pela Aneel. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em 2/2/2018.

<sup>290</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Despacho nº 3.280 de 14 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/dsp20163280.pdf>>. Acesso em 30/01/2018.

republicação, posterior ao período de liquidação daquele mês, exigiu que todas as operações fossem recontabilizadas, elevando a incerteza e desestabilizando as relações entre agentes. Os custos de incerteza, nesse caso, foram elevados por atuação do agente regulador.

Os custos de incerteza impactam também nos investimentos privados necessários para o desenvolvimento do setor. Como visto, muitas das atividades da cadeia econômica da energia elétrica são prestadas por agentes privados. Essas atividades, entretanto, demandam intensivo capital e investimentos em larga escala – característica típica das indústrias de rede como é o caso do setor elétrico. Isso, por sua vez, demanda que o Estado defina e torne cristalina a regulação que incidirá sobre determinado setor econômico, firmando o que Alexandre Ditzel FARACO define como “compromisso regulatório”. O autor afirma que, dada a opção por realizar pesados investimentos setoriais, os investidores esperam certo grau de segurança jurídica em sua atividade econômica, de modo que, mudanças abruptas na regulação dos serviços pode abalar a captação de investimentos setoriais. Isso por que

Além das conseqüências jurídicas que podem advir da modificação abrupta de um contrato de concessão (ou de seu descumprimento pelo concessionário), há um efeito simbólico poderoso em países que dependem do ingresso e, em especial, da permanência de capitais estrangeiros. A ameaça de mudança das regras com o jogo em curso pode sinalizar uma falta de comprometimento, cujas conseqüências — que não podem ser antecipadas precisamente —, envolvem aspectos outros de governo que não somente a regulação. Dito de outro modo, certas medidas regulatórias podem afetar a percepção de risco do investidor privado que, por seu turno, se alastra contagiando outros investimentos presentes ou futuros em outros setores.<sup>291</sup>

Nesse sentido, José Osório NASCIMENTO NETO identifica o longo prazo de manutenção e utilização específica dos ativos de infraestrutura como elevadores de risco de perda futura em negociação com o governo. Assim:

Essa particularidade é relevante, tendo em vista que a presença de significativas economias de escala e escopo implica na necessidade de uma maior atuação regulatória do governo. Neste contexto, a estabilidade e confiança no arcabouço regulatório reduzem a percepção de risco por parte dos investidores e podem estimular uma maior participação do setor privado em projetos de infraestrutura.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 27, nº 2 (106), p. 261-280, abril-junho 2007. p. 266.

<sup>292</sup> NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental: energia e desenvolvimento em pauta**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 121.



Desta forma, os custos de incerteza transcendem a esfera privada, passando a integrar as próprias relações de direito público envolvidas – no caso, entre poder concedente e particulares. A implementação de novos projetos de infraestrutura energética integra o planejamento setorial e é essencial para o desenvolvimento adequado do setor. A universalização dos serviços públicos, a modicidade tarifária e a continuidade dependem diretamente da implementação de projetos que acompanhem o crescimento da demanda pelos serviços. Segundo Egon Bockmann MOREIRA contratos com essas características operam como verdadeiros instrumentos de governo, que tratam de importantíssimas questões e da implementação e definição de políticas públicas.<sup>293</sup> Assim, não pode o Estado ignorar a existência desses custos, sob risco de inviabilizar a realização de investimentos no setor e, conseqüentemente, descumprir com seus deveres como titular dessas atividades.

Isso é relevante especialmente sob o enfoque da garantia de boa prestação dos serviços públicos. Isso por que (a) se o modelo adotado opta pela prestação dos serviços públicos por agentes privados; (b) se a implementação dos serviços públicos do setor elétrico exige grandes investimentos; e (c) se a viabilização dos grandes investimentos depende da eficiência econômica; então, a busca da eficiência econômica pelos reguladores tem relação direta com a universalização e modicidade dos serviços públicos. Quanto maior for a eficiência econômica, menores serão os custos de implementação dos projetos, o que viabilizará sua universalização e pode refletir em maior modicidade.

Mesmo no caso de investimentos privados que não representem concessão de serviço público, mas sim autorização (como é o caso de PCH ou termelétricas para produção independente ou autoprodução de energia), os agentes reguladores devem considerar que a realização de vultosos investimentos com longos prazos de amortização depende de atuação economicamente eficiente dos agentes e que, mesmo atividades não entendidas diretamente como serviço público detém relevante interesse coletivo. Assim, não apenas na análise de custos de transação, mas na própria gestão de qualquer das atividades setoriais os agentes reguladores devem considerar os custos envolvidos e a eficiência econômica.

A existência de custos de transação, segundo MACKAAY e ROUSSEAU, podem levar também a comportamentos estratégicos ou oportunistas dos agentes, impedindo que acordos aparentemente proveitosos aconteçam. O oportunismo surge

---

<sup>293</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo Como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública**, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 12-13.

com o comportamento de uma das partes no sentido de gerar uma transferência de riqueza a seu favor causada por confusão de informações, praticada com falta de lealdade.<sup>294</sup> A exigência de garantias financeiras na celebração de contratos de comercialização de energia elétrica é medida, adotada pelos agentes reguladores, que reduz os custos de oportunismo, dando seguranças às partes de que receberão pelos contratos firmados, ao mesmo tempo que cria desincentivo para que as partes ajam de modo oportunista.

Não se pode negar, entretanto, que a exigência de garantias financeiras eleva os custos de negociação e cumprimento dos contratos. Isso por que gera novos custos de transação ao exigir que as partes envolvidas procurem instituições financeiras e negociem as necessárias garantias que, além disso, elevam o custo financeiro dos contratos. Entretanto, considerando a operação do setor de modo interligado, a exigência de garantias pode reduzir as externalidades negativas causadas pelo comportamento oportunista de determinado agente, isso por que a inadimplência setorial é rateada por todos os agentes da CCEE. Desse modo, havendo garantias financeiras há menor risco de inadimplência, portanto, redução não apenas nos custos de oportunismo, mas também no custo de incerteza dos agentes passíveis de serem afetados pela externalidade negativa.

O oportunismo, assim como outros custos de transação, podem ser reduzidos com a redução da assimetria informacional entre os agentes. Prover os agentes setoriais com mais informações permite que tomem decisões mais racionais, evitando situações que, por exemplo, levem uma parte a concluir acordo que não realizaria se tivesse perfeitamente informado.<sup>295</sup>

Nesse sentido a atuação dos agentes reguladores gera efeitos positivos. Diversos dados são divulgados constantemente permitindo aos agentes a obtenção de informação sobre as condições setoriais e, processando adequadamente essas informações, a tomada de decisões racionais. Veja-se, por exemplo, os já citados sumários semanais do Planejamento Mensal de Operação – PMO, divulgados pelo ONS, que indicam as condições operativas do setor elétrico semana a semana, com informações bastante relevantes como: condições climáticas, o Custo Marginal de Operação – CMO, as usinas térmicas em operação e etc. A CCEE, por sua vez, divulga informações semanais sobre o preço da energia no mercado de curto prazo indicando

---

<sup>294</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 221.

<sup>295</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

os fatores que influenciaram na formação do preço, relatórios semanais e mensais sobre o mercado de energia, informações sobre os encargos setoriais e etc.<sup>296</sup>.

Sob o aspecto jurídico, a divulgação dessas informações cumpre com obrigação de informação dos reguladores, afinal, se os serviços de energia elétrica são em grande parte serviços públicos ou atividades privadas de relevante interesse coletivo, e se há incidência (mesmo que parcial) de regime público, há dever de publicidade e transparência<sup>297</sup> sobre essas informações. Além de direito inerente aos usuários de serviços públicos e dever dos prestadores, é de se reconhecer que os usuário dos serviços, o cidadão e os agentes setoriais detém legítimo interesse em ter fácil acesso às informações que indiquem o funcionamento, as condições de operação, a formação dos preços e as previsões técnicas do setor.

Assim, o acesso a informações sobre o funcionamento e desempenho do setor elétrico não representa grandes custos. O processamento, compreensão e interpretação dessas informações, entretanto, não são simples e demandam maiores custos, além de, em alguns casos, conhecimento técnico específico.

Conclui-se que o setor elétrico é marcado pela necessidade de transações constantes e investimentos vultosos para garantir o equilíbrio e atendimento dos interesses dos agentes envolvidos e atendimento ao relevante interesse coletivo intrínseco no setor. Os altos investimentos também estão diretamente relacionados com a prestação dos serviços públicos envolvidos, que são implementados pela manutenção e ampliação da infraestrutura. Essas transações e investimentos, entretanto, tem custos elevados. Como visto, altos custos de transação podem inviabilizar as transações ou, ainda, incentivar condutas oportunistas.

A atuação dos agentes reguladores é essencial para garantir a viabilidade dessas transações e investimentos, garantindo equilíbrio ao setor. A regulação vem apresentando relevantes avanços no sentido de reduzir custos de transação e incentivar investimentos, em benefício à eficiência econômica do setor, essencial para o atendimento de todas as necessidades envolvidas. Entretanto, algumas questões ainda carecem de atuação focada na implementação de mecanismos que gerem maior eficiência econômica, como será visto a seguir.

---

<sup>296</sup> As informações e relatórios ficam disponíveis no site da CCEE, <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/o-que-fazemos/infomercado?\\_afzLoop=1807531785652963#!%40%40%3F\\_afzLoop%3D1807531785652963%26\\_adf.ctrl-state%3D11z9ksuoqk\\_62.>](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/o-que-fazemos/infomercado?_afzLoop=1807531785652963#!%40%40%3F_afzLoop%3D1807531785652963%26_adf.ctrl-state%3D11z9ksuoqk_62.>). Acesso em 20/1/2018.

<sup>297</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurício. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015.

### 4.3 OS MONOPÓLIOS E A LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO

Das atividades que integram a cadeia econômica da energia elétrica no Brasil, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se que os agentes de transmissão e distribuição de energia elétrica operam em regime de monopólio.

A análise dos monopólios sob o aspecto econômico é relevante por diversas razões, primeiramente pois podem configurar uma falha de mercado e gerar ineficiência econômica, contrariando a necessidade de utilização eficaz dos recursos escassos do setor. Em segundo lugar, os monopólios podem trazer outras consequências adversas, como externalidades negativas sobre os demais agentes setoriais, ou estagnação técnica. Em terceiro lugar, dentre outras questões relevantes que podem ser abordadas, os monopólios devem se restringir às atividades em que seja economicamente eficiente a exploração por um único agente, cabendo ao regulador analisar a eficiência econômica e jurídica de se preservar monopólios de atividades que poderiam ser entregues à competição, sem perda de eficiência econômica ou perda de direitos. A questão do melhor modelo para o estratégico mercado energético é de grande relevância e, inclusive, suscitada em outros países envolvendo grandes discussões principalmente em torno do monopólio, fontes energéticas e dissociação entre geração e distribuição.<sup>298</sup>

Os monopólios são características usuais das indústrias de rede<sup>299</sup> e, no caso do setor elétrico, decorrem da inviabilidade econômica e técnica de se instaurar regime de competição nessas etapas da cadeia, isso por que, é inviável a realização de altos investimentos em infraestrutura para construção de linhas de transmissão e distribuição paralelas.<sup>300</sup> A inviabilidade aqui identificada pode ser enquadrada na definição de Marçal JUSTEN FILHO como monopólio natural decorrente de inviabilidade econômica, pois:

(...) com a pluralidade de sujeitos desempenhando atividades similares, os resultados econômicos obtidos por cada um serão menores. Isso acarretará margens de lucros mais reduzidas e períodos

---

<sup>298</sup> LOWE, Philip; PUCINSKAITE, Ingrida; WEBSTER, William; LINDBERG, Patrick. Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry. **Competition Policy Newsletter**. Number 1, Spring 2007.

<sup>299</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 27, nº 2 (106), p. 261-280, abril-junho 2007. p. 266

<sup>300</sup> PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídicos-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Organizadora). **Direito Regulatório Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 341.

mais longos para retorno dos investimentos. Eventualmente, será impossível obter lucro para os investimentos.<sup>301</sup>

A inviabilidade econômica, então, decorre dos vultosos investimentos necessários para a implantação dos empreendimentos, assim como, do fato de a existência de linhas de transmissão e distribuição paralelas – além de tecnicamente ineficiente – reduzir os resultados econômicos obtidos pelos exploradores da atividade, tornando o retorno do investimento eventualmente inviável.<sup>302</sup> São as situações que Egon Bockmann MOREIRA identifica como:

Casos em que o monopólio não configura propriamente uma falha, mas sim o *único modo* de produção de certo bem ou prestação de determinado serviço. Aqui não está em jogo a vontade – ou a cobiça – dos agentes econômicos, mas a realidade fática. O mundo dos fatos dita as regras daquele mercado e não permite que haja dois ou mais agentes prestando as mesmas atividades – pena de este desvio conduzir todos os envolvidos a situações de brutal ineficiência (e mesmo de quebra), com custos irrecuperáveis.<sup>303</sup>

Os serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica se enquadram na ideia de *essential facility*, diretamente relacionado ao monopólio natural, faz referência a uma estrutura de mercado extremamente concentrada por conta da indispensabilidade de determinado meio de produção para o exercício de atividades econômicas correlatas. Por um lado, a presença de competidores fica afastada pela impossibilidade de acesso ao recurso essencial, por outro, a duplicação física da estrutura é economicamente inviável, por impor custos proibitivos.<sup>304</sup> O conceito parece se aplicar perfeitamente aos serviços aqui tratados.

Tratam-se dos serviços que interligam e transportam energia, essenciais para que qualquer agente desenvolva adequadamente sua atividade, afinal, seja um comercializador, um gerador ou um consumidor, depende do transporte da energia para fazer o uso adequado da mesma. Sendo assim, eventual conduta antieconômica ou ineficiente dos agentes de transmissão poderia gerar externalidades negativas no setor como um todo.

---

<sup>301</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

<sup>302</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40.

<sup>303</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr. 2011.

<sup>304</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006.

Dentre as condutas passíveis de abusividade nesse tipo de indústria, se destacam a cobrança de preços excessivos ao usuário e a restrição de acesso à rede monopolizada, seja por negativa de fornecimento dos serviços, seja pela imposição de preços exorbitantes, o que, em última análise, pode se tornar uma estratégia de eliminação de concorrentes<sup>305</sup>. Então, cabe aos agentes reguladores do setor elétrico, criar desincentivos para a prática dessas condutas.

É nesse sentido que Robert COOTER e Thomas ULEN identificam os monopólios como falhas de mercado de modo que as políticas públicas frente aos monopólios devem buscar corrigir as falhas decorrentes, substituindo o monopólio pela competição, quando possível, ou regular os preços praticados pelo monopolista. A primeira opção envolve a racionalidade das normas antitruste, entretanto, nem sempre é possível. Assim, nos casos de monopólios naturais, cabe aos agentes reguladores controlar os preços praticados.<sup>306</sup>

A exploração monopolista é passível de prática de preços abusivos ou discriminatórios, entretanto, deve-se lembrar que os serviços de transmissão são outorgados mediante concessão de serviço público por leilões realizados pela Aneel. O estabelecimento do preço mediante leilão apresenta um ponto relevante: os preços são estabelecidos em caráter competitivo, o que, via de regra, tende a impedir a prática de preços abusivos, exceto em caso de conluio entre os participantes do certame, conduta, entretanto, coibida e punível pela legislação. Após a fixação dos preços, os mesmos continuam sendo fiscalizados e regulados pelos agentes reguladores, inclusive, com garantias de reequilíbrio e manutenção do pacto inicialmente instaurado.

O maior custo do monopólio, segundo MITCHELL, advém da relativa segurança do monopolista, afinal, a ausência de competição acabaria levando o monopolista à estagnação gerencial e técnica pois “a criatividade que poderia ser canalizada para a produção de novos bens e serviços na presença da competição não existe”.<sup>307</sup> Isso levaria à perda da riqueza que seria gerada caso a competição estivesse presente estimulando a criação de novas ideias.

Então, a princípio – e considerando verdadeira a premissa de que há inviabilidade técnica e econômica de competição no segmento das linhas de transmissão –, a principal falha de mercado que pode se vislumbrar neste monopólio reside na estagnação gerencial e técnica da prestação dos serviços. Isso por que, dado

---

<sup>305</sup> PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006.

<sup>306</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 38.

<sup>307</sup> MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 52

ao alto investimento necessário, as concessões são outorgadas por longos períodos, enquanto as condições de prestação são estabelecidas no início do procedimento licitatório da concessão. O extenso período entre o estabelecimento das condições e o término da concessão pode tornar o serviço obsoleto e ineficiente: novas tecnologias, novos métodos e novas ideias podem ter surgido e não serem aplicadas pois as condições já foram estabelecidas, e, também, pela ausência de interesse em implementar as atualizações, impulsionada pela segurança decorrente da ausência de competição. Essa situação, evidentemente, contraria o regime jurídico de serviço público, presente nas atividades de distribuição e transmissão de energia elétrica.

É o que Luiz Alberto BLANCHET identifica como alteração dos fatos no mundo real afirmando que o objeto da concessão definido e estabelecido em momento inicial, “nem sempre se mantém perene e imutável, ele faz parte do mundo real e a realidade não se congela só porque em relação a determinado fato celebrou-se um contrato de concessão. Os fatos, enfim, continuam evoluindo, alterando-se”.<sup>308</sup>

A falha, entretanto, parece ser sanável. Em um primeiro plano a inclusão no próprio edital das concessões – momento em que se estabelecem as regras do jogo e, portanto, as condições técnicas segundo as quais os serviços devem ser prestados – de exigência de atualização periódica das técnicas e tecnologias empregadas, com base em dados dotados de certa previsibilidade, passíveis de aumentar a eficiência dos sistemas, e prevendo o adequado reequilíbrio econômico financeiro do contrato, somada à uma fiscalização efetiva e baseada em critérios técnicos, pode atenuar ou até evitar essa falha de mercado.

Deve se considerar, entretanto, a relação entre custos e benefícios da alteração proposta. Eventualmente, a atualização técnica e tecnológica do serviço monopolizado pode ser excessivamente onerosa a ponto de seus benefícios na geração de valor para os usuários não compensarem o valor depreendido para realizar a atualização; ou, ainda, elevarem excessivamente os custos de transação no momento da fixação do preço, elevando o custo geral dos serviços, o que seria contrário à modicidade tarifária.

Uma segunda alternativa decorre do entendimento de Luiz Alberto BLANCHET de que o concessionário assume a responsabilidade de conduzir de modo eficiente, racional e adequadamente as atividades objeto da concessão, “cabendo-lhe recomendar ao Poder Concedente as alterações convenientes e oportunas para

---

<sup>308</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Alterabilidade Unilateral do Contrato de Concessão. In: **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 54.

assegurar a otimização no atendimento do interesse da coletividade”.<sup>309</sup> Transpondo essa perspectiva para um mercado monopolizado, tem-se que, a ausência de competição não oferece incentivos para que o concessionário adote postura proativa no sentido de recomendar melhorias de eficiência à concessão, salvo se existam incentivos para tanto. Desta forma, caberia ao direito, com base em instrumentos econômicos adaptados à especificidade das concessões de energia elétrica e evitando gerar novos custos de transação, implementar uma estrutura de incentivos apta a estimular que, por conta própria, o contratado conduza os serviços de forma eficiente, sem que haja a necessidade de imposições unilaterais.

No caso do setor elétrico há medida, impositiva, que visa promover a atualização tecnológica e científica do setor elétrico. Trata-se da obrigação legal de investir percentual da receita operacional em projetos de pesquisa e desenvolvimento, criada pela Lei Federal nº 9.991 de 24 de julho de 2000. Referida norma visa o desenvolvimento de projetos de eficiência energética, e projetos de pesquisa científica no setor de energia elétrica, incluindo projetos que tratem da preservação do meio ambiente, capacitação de recursos humanos e desenvolvimento tecnológico.<sup>310</sup> A disposição legal, por mais que não se trate de medida consensual e sim regulação impositiva, representa melhorias no sentido de impedir a estagnação técnica dos serviços públicos do setor elétrico.

Retomando a análise sobre as falhas de mercado decorrentes dos monopólios, e considerando os princípios e objetivos da regulação específica do setor elétrico, vê-se que a tomada de medidas para sanar distorções e falhas de mercado atenderia, por exemplo, a otimização de recursos, a continuidade e a qualidade na prestação dos serviços, além de favorecer uma alocação mais eficiente dos recursos.

Aqui se torna bastante clara a influência das instituições no setor elétrico. Para além de relações de Direito e Economia, a correção da apontada falha de mercado depende de atuação dos agentes reguladores, bem como, a prática de preços compatíveis com os de mercado depende da competitividade dos outros agentes privados participantes do leilão.

A Aneel tem demandado atenção à qualidade dos serviços prestados pelas monopolistas do sistema de transmissão, instituindo monitoramento sobre essas atividades, num contexto que afirma ser de regulação responsiva. Nesse sentido, implantou projeto de fiscalização estratégica, visando adoção de novas técnicas de

---

<sup>309</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. Alterabilidade Unilateral do Contrato de Concessão. In: **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 54.

<sup>310</sup> BRASIL, **Lei Federal nº 9.991 de 24 de julho de 2000**. Diário Oficial da União, Brasília, 2000.



incentivo e fiscalização baseadas em referências mundiais, acompanhamento contínuo dos dados e indicadores relativos aos serviços, destacando as boas práticas aplicadas e visando antecipar ações para corrigir problemas e prevenir consequências de impacto negativo nos serviços.<sup>311</sup>

O agente regulador, portanto, demandando atenção à matéria de relevante importância, vem modernizando suas práticas de fiscalização e incentivos, visando a promoção de “melhoria no desempenho dos agentes ao reduzir os custos daqueles que apresentam melhor desempenho regulatório”.<sup>312</sup> A implementação de práticas modernas de incentivo demonstra que o agente regulador vem adotando postura voltada para a qualidade dos serviços públicos prestados – atendendo à sua obrigação legal e exercendo seus poderes típicos de poder concedente –, para a eficiência econômica e para a redução de externalidades e efeitos adversos decorrentes desses monopólios.

Essa prática representa considerável avanço na direção de um mercado de energia mais equilibrado que atenda aos objetivos estabelecidos para a regulação setorial e melhore a prestação dos serviços públicos, entretanto, ainda se restringe à fiscalização e melhoria na qualidade dos serviços, podendo posteriormente ser complementada com a criação de maiores incentivos à evolução tecnológica da infraestrutura necessária.

Quanto ao monopólio das distribuidoras de energia elétrica, a questão parece ser mais complexa. O serviço consiste na distribuição da energia aos usuários já nos centros de consumo – como visto anteriormente, são os postes, fios e transformadores que se encontram nos centros urbanos e que entregam energia às

---

<sup>311</sup> Segundo o relatório de monitoramento publicado pela Aneel: “As atividades de fiscalização são moduladas de acordo com o perfil e o comportamento de cada agente regulado e visam um maior alinhamento dos concessionários de distribuição e transmissão de energia elétrica ao marco regulatório, com foco na qualidade do serviço prestado, sendo adotadas estratégias de incentivo e fiscalização diferenciadas baseadas no comportamento e no histórico dos agentes. Isso promove a melhoria do desempenho dos agentes ao reduzir os custos daqueles que apresentam melhor desempenho regulatório. O modelo de Fiscalização Estratégica está estruturado em um ciclo PDCA (Plan-Do-Check-Act), que compreende as etapas de Monitoramento, Análise, Acompanhamento e Ação Fiscalizadora. Com esse modelo, a Fiscalização Estratégica busca a melhoria contínua da qualidade dos serviços de energia elétrica prestados por distribuidoras e transmissoras, por meio de ações preventivas e de incentivo à conformidade voluntária.”

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Monitoramento da Qualidade dos Serviços de Transmissão de Energia Elétrica.** Janeiro/2018. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/656808/0/Relat%C3%B3rio+Trimestral+da+Qualidade+dos+Servi%C3%A7os+de+Transmiss%C3%A3o/c6c68ad7-7e00-65e8-69db-4e70bf40392e>>. Acesso em 29 de janeiro de 2018.

<sup>312</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Monitoramento da Qualidade dos Serviços de Transmissão de Energia Elétrica.** Janeiro/2018. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/656808/0/Relat%C3%B3rio+Trimestral+da+Qualidade+dos+Servi%C3%A7os+de+Transmiss%C3%A3o/c6c68ad7-7e00-65e8-69db-4e70bf40392e>>. Acesso em 29 de janeiro de 2018. p. 10.

casas e indústrias que não integrem o mercado livre de energia (chamados “consumidores cativos”).

Aqui, o ponto principal a ser analisado é o fato de que não apenas a distribuição – que tem características similares à transmissão, portanto, há inviabilidade técnica e econômica em se instituir concorrência nas linhas de distribuição – operar em caráter de monopólio, mas o fato de a comercialização da energia que é distribuída também ser monopolizada pelas distribuidoras.

Isso significa que os consumidores cativos não possuem outra opção senão adquirir sua energia diretamente das concessionárias de serviço público de distribuição. Não há qualquer liberdade para pactuar as condições, prazos e preços. A única liberdade do usuário, aqui, é a de consumir a quantidade de energia que efetivamente necessitar, sem a preocupação com o estabelecimento contratos de fornecimento.

Veja-se que a situação da comercialização da energia distribuída se diferencia da transmissão de energia elétrica pois, naquele caso, há inviabilidade técnica e econômica de se instituir concorrência; já no caso das distribuidoras há dois serviços distintos sendo prestados: (a) a distribuição (transporte) de energia dentro dos centros de consumo, atividade que opera em caráter similar à transmissão; e (b) a comercialização da energia distribuída, serviço que, entretanto, não possui qualquer razão de ordem técnica ou econômica que justifique a monopolização.

Isso, em primeiro plano, viola um pressuposto básico do sistema de mercado que, para bem funcionar, deve ser composto por um elevado número de compradores e vendedores em interação recíproca.<sup>313</sup> Ora, no caso das distribuidoras efetivamente há grande número de compradores, entretanto, somente um vendedor, frustrando o caráter competitivo e induzindo a uma falha de mercado.

A existência de monopólios não decorre somente de condições econômicas, sendo reconhecido por Robert COOTER e Thomas ULEN que um monopólio pode surgir e persistir somente em situações em que existam barreiras que tornem impossível a entrada de novos competidores no mercado. Essas barreiras, por sua vez, podem surgir de razões produtivas ou de restrições legais e normativas.<sup>314</sup> É o segundo caso o que se aplica à distribuição de energia elétrica. Não se trata, então, de falha de mercado decorrente de abuso de poder econômico das distribuidoras, mas sim, de falha criada por imposição do Direito.<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

<sup>314</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012. p. 29.

<sup>315</sup> A Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, restringe a liberdade de contratação de energia elétrica somente aos grandes consumidores, com carga igual ou superior a 3.000kW: “art. 15, § 2º: (...) os

A situação ainda vai mais além: nesse ambiente, por ser entendido como um serviço público prestado em caráter de monopólio, a tarifa de energia elétrica é fixada pelos agentes reguladores considerando os custos envolvidos em todo o processo necessário para produzir, transportar e distribuir a energia aos usuários, assim como a remuneração do concessionário e os custos decorrentes das particularidades próprias de cada área de concessão. Da fatura final recebida pelos usuários ainda se acrescentam os encargos setoriais e os tributos incidentes.<sup>316</sup>

Isso significa que, além da impossibilidade de escolha de seu fornecedor de energia, os consumidores cativos ainda são onerados com todos os encargos setoriais (que, não raro, são sobrecarregados para cobrir rombos financeiros no setor), dotando a fatura de energia elétrica de excepcional caráter de imprevisibilidade. O usuário assume a responsabilidade por uma série de encargos que, muitas vezes arbitrariamente instituídos e mal administrados (como é o caso da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e dos Encargos de Serviço do Sistema - ESS)<sup>317</sup>, oneram excessivamente a fatura de energia elétrica.<sup>318</sup>

Aqui identifica-se uma segunda falha decorrente dos monopólios: a assimetria de informações e a falta de transparência na relação entre monopolistas e usuários dos serviços. O estabelecimento dos preços, apesar de ser fixado pelos agentes reguladores, não é dotado da necessária transparência apta a prover os compradores e agentes do mercado de informações necessárias à compreensão dos custos envolvidos. Mesmo que procedimentos formais de participação sejam adotados, como o caso da CDE que foi discutida na audiência pública 83/2015 da Aneel, a assimetria de informações não permite aos consumidores cativos – salvo se representados por instituição capacitada – efetivamente exerçam qualquer influência, ou demonstrem suas preferências, sobre as decisões tomadas pelo agente regulador.

---

consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado. (...) Art. 16, É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

<sup>316</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. A Tarifa de Energia Elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; PIRONTI, Rodrigo Aguirre de Castro (organizadores) **Direito da Energia: economia, regulação e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 11-12.

<sup>317</sup> Veja-se, por exemplo, os resultados da Audiência Pública 83/2015 da Aneel, que trata da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, um dos encargos que mais onerou o usuário dos serviços de energia nos últimos anos. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas>.

<sup>318</sup> A respeito dessa cobrança e para demonstrar empiricamente a questão, cumpre apenas mencionar que a cobrança da CDE é objeto de medida judicial proposta por várias entidades de classe representativas de algumas das principais categorias econômicas, a saber a Anace (dos consumidores de energia); Abividro (da indústria de vidro); Abiclor (da indústria de álcalis, cloro e derivados); e Abiquim (da indústria química) possuem decisão judicial que impede a cobrança do referido encargo de suas associadas na conta de energia elétrica.

O caso se agrava ao lembrar que os consumidores cativos são, em última análise, os usuários dos serviços públicos. Tal questão é de grande relevância, especialmente considerando a exclusão desses usuários do processo econômico, é nesse sentido que Calixto SALOMÃO afirma que:

Os processos econômicos devem ter como valores básicos o conhecimento das preferências econômicas dos agentes. Ocorre que, para tanto, é necessário introduzir no sistema duas outras características (instituições e valores) básicos. É preciso, em primeiro lugar, que todos sejam capazes de exprimir suas preferências econômicas. É necessário, portanto, eliminar a exclusão do processo econômico. Em segundo lugar, é preciso que existam meios de transmissão dessas preferências. É necessário então que se eliminem valores ou instituições que impedem que isso ocorra.<sup>319</sup>

A tecnicidade das informações também atua como fator impeditivo para que os dados e informações divulgadas cumpram seu papel informativo, afinal, a maior parte dos usuários dos serviços de energia não possui conhecimentos técnicos necessários para compreender a composição de custos e encargos que compõe o preço pago pela energia.

Para a proteção desses direitos difusos como a informação aos usuários, Fabio NUSDEO identifica a aparição de normas – estranhas aos liberais – voltadas ao que chama de economia popular, formada pelo

(...) conjunto indistinto e não identificável diretamente de poupadores, consumidores, investidores e acionistas, consorciados segurados e tantos outros que com um grupo nem sempre bem delimitado – porque pode incluir até mesmo membros potenciais – estão à mercê da informação ou da desinformação que lhe queiram transmitir.<sup>320</sup>

Entretanto, atuação regulatória protetiva da economia popular sequer seria necessária se houvesse, na comercialização da energia distribuída, realocação de direitos de forma a estimular competitividade e permitir que uma multiplicidade de agentes vendedores possa atender ao elevado número de compradores. Essa medida, já em primeiro plano, ampliaria a informação e transparência ao usuário, isso por que mercados fornecem informação ao gerarem preços e cada preço é uma oportunidade disponível. Assim, “quanto mais preços existirem e mais amplamente eles forem conhecidos, maior será a gama de oportunidades disponíveis e maior será a riqueza

---

<sup>319</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

<sup>320</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

gerada”.<sup>321</sup> No formato atual, há apenas um preço disponível e cuja composição é desconhecida por grande parte dos consumidores. Basicamente, a proposta envolve a substituição da regulação para uma alternativa de mercado em que o preço passa a ser fixado segundo as variações de oferta e demanda.

Deve ser considerado também que, com a exclusão das instituições que privam a liberdade de contratação, a competitividade exerceria relevante papel no estímulo aos agentes comercializadores de energia a aproximarem-se dos consumidores, proporcionando uma maior transparência e elevando o nível e a qualidade da informação a eles enviada. Ademais, a manifestação de vontade dos consumidores seria expressa especialmente pelo mercado: os melhores serviços, com maior eficiência no atendimento dos anseios do usuário, seriam os mais demandados, enquanto, os serviços falhos, deficitários ou que não sejam suficientemente claros não seriam contratados pelos usuários.

Em segundo lugar, a instituição da concorrência é benéfica por si mesma pois, como afirmado anteriormente, uma das maiores mazelas dos monopólios consiste na riqueza que deixa de ser gerada pela relativa segurança do monopolista que, pela ausência de concorrência, não teria incentivos para evoluir seus serviços, recaindo na estagnação técnica e gerencial do serviço. A instituição de competição na comercialização da energia distribuída estimularia os agentes do mercado a desenvolver novas tecnologias, aprimorar as técnicas aplicadas, criar novas ferramentas de gestão, desenvolver produtos e planos personalizados para cada padrão de consumo, enfim, exercer a criatividade para garantir sua fatia de mercado. É, desta forma, que a livre concorrência pode oferecer serviços de qualidade e preços justos aos usuários.<sup>322</sup>

Não se nega que os custos para implantação do sistema de livre comercialização da energia distribuída são elevados, bem como, não se desconsidera que o sistema de distribuição é composto por ativos de impossível realocação. Entretanto, não se vislumbra óbices técnicos e econômicos para que sejam criadas, para a distribuição, instituições similares às aplicáveis às linhas de transmissão – em que o concessionário detentor do monopólio das linhas de transmissão recebe uma tarifa pela quantidade de energia que transporta em suas linhas, mas não é o responsável por comercializar essa energia –, o que possibilitaria ao distribuidor o retorno dos altos investimentos, a obtenção de lucro pela prestação dos serviços e,

---

<sup>321</sup> MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 36.

<sup>322</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016.

simultaneamente, expandiria a liberdade de contratação dos usuários, consagrando a livre concorrência.

Ademais, cabe lembrar que a distribuição de energia elétrica é considerado um serviço público, e que, portanto, está sujeito à universalidade, modicidade e continuidade. Essa situação não está sendo ignorada pela proposta de liberalização do mercado de distribuição de energia: isso por que como visto, as instituições aplicáveis às linhas de transmissão já contemplam esse regime de serviço público, bastaria então uma adequação para que os serviços de distribuição sejam prestados de maneira adequada, atendendo aos requisitos e obrigações do serviço público e, ao mesmo tempo, garantindo maior liberdade do usuário para escolher e negociar a energia que pretende consumir.

Veja-se que a proposta não é utópica: múltiplos comercializadores de energia elétrica que já atuam no mercado demonstram interesse na exploração econômica da atividade.<sup>323</sup> Entretanto, até o momento, podem efetuar trocas apenas com grandes consumidores, sendo afastados, por disposição institucional, dos consumidores cativos.

Nesse ponto, o Direito (e as instituições) parecem não estar cumprindo o seu papel de estimular um padrão decisório coerente, eficiente e benéfico ao setor regulado, que busque a maximização dos resultados e uma maior eficiência econômica, garantindo a prestação dos serviços a um menor custo, atingindo assim os objetivos definidos na políticas públicas setoriais. Isso se verifica especialmente se considerado a partir da ideia de que uma das maiores preocupações da Análise Econômica do Direito na defesa da concorrência deve ser exercer influência buscando “uma melhor alocação de recursos sob o prisma da eficiência econômica e social”.<sup>324</sup>

Sob o ponto de vista constitucional, esse ato regulatório aparenta estar em desacordo com a Ordem Econômica prevista na Constituição da República que, dentre outros valores protegidos, funda-se na atuação espontânea do mercado, com a possibilidade de intervenções para implementação de políticas públicas, correção de distorções, e, também, assegurar e aprimorar a livre iniciativa e livre concorrência.<sup>325</sup> Nesse caso, ao invés de corrigir as distorções, o próprio direito acaba por gera-las ou

---

<sup>323</sup> Veja-se, por exemplo, a movimentação da Associação Brasileira de Comercializadores de Energia – ABRACEEL, no sentido de promover a chamada “portabilidade” da energia: <http://www.abraceel.com.br/zpublisher/materias/noticias.asp?id=20739>

<sup>324</sup> RAMOS, José Maria; DUARTE, Francisco Carlos. Análise econômica do direito na defesa da concorrência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 31-47, maio/ago. 2016.

<sup>325</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016.

agrava-las, impondo novos custos aos agentes econômicos e, especialmente, aos usuários do serviço público.

A instituição de concorrência na distribuição de energia poderia sanar parte das falhas de mercado indicadas: acabaria com o monopólio, impediria a estagnação técnica e gerencial, instituiria a concorrência e competitividade, consagraria a livre iniciativa, aumentaria a transparência e disseminação de informação, tenderia a reduzir os preços da energia, permitiria alocação mais eficiente de recursos, maximizaria o bem comum e criaria novas oportunidades aos usuários.

A questão, entretanto, também é dotada de grandes desafios tanto jurídicos como econômicos. Em primeiro lugar, se a atividade de distribuição de energia é um serviço público, a implementação de concorrência nesta etapa não pode ferir os princípios que regem a atividade, especialmente, a universalidade. Segundo Adriana da Costa Ricardo SCHIER a legislação do setor elétrico impõe deveres de universalização – que tem apresentado resultado bastante positivo –, de modo que os dispositivos normativos com conteúdos identificados como integrantes do núcleo essencial do princípio da universalidade estão protegidos pelo princípio da vedação ao retrocesso.<sup>326</sup> Sendo assim, não se pode admitir qualquer alteração regulatória ou normativa que implique em retrocesso social, especialmente quanto aos deveres típicos do serviço público.

Cabe ressaltar que o dever de universalização se impõe às distribuidoras de energia elétrica dadas as características típicas de serviço público da atividade e ao fato de ser a atividade que efetivamente entrega a energia ao usuário dos serviços. Sendo assim, a implementação da concorrência na comercialização da energia distribuída, com a manutenção das pautas regulatórias focadas na universalização da distribuição de energia – ou seja, sem extinguir os serviços atualmente existentes que vem obtendo sucesso na universalização –, pode ser solução que, ao mesmo tempo, amplie as escolhas dos usuários, gerando os benefícios econômicos analisados, sem ferir a universalidade. Deve-se instaurar a concorrência em consonância com os deveres do serviço público, isso por que, como afirma Alexandre Santos de ARAGÃO “a concorrência não é um valor em si, constituindo outrossim, um instrumento da realização mais perfeita o possível dos objetivos dos serviços públicos. A concorrência nos serviços públicos só será legítima enquanto atingir esses objetivos”.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 238-241.

<sup>327</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 233, p. 311-371, jul./set. 2003. p. 323.

Sob o enfoque econômico, a multiplicidade de opções a serem contratadas decorrentes da liberdade de contratação, e a multiplicidade de comercializadores de energia a serem possivelmente contratados, entretanto, poderia gerar novos custos de transação para os usuários, sejam custos de informação, custos de negociação, custo dos contratos ou custo de execução dos contratos.<sup>328</sup> Deve ser considerado, também, a possibilidade de existência de custos de indenização às distribuidoras que ainda tenham concessões vigentes e investimentos a amortizar e que, com a quebra do monopólio, acabarão perdendo fatias de mercado pela realocação de direitos.

Aqui – considerando que existem custos para a realocação do direito de venda de energia aos consumidores cativos e, também, que existem custos de transação –, caberia analisar o impacto dessa realocação de direitos face aos benefícios a serem auferidos pelo setor em si, transpondo o que Ronald COASE define em sua teoria, no sentido de que

Uma vez que se levam em conta os custos de realização de transações de mercado, é claro que essa realocação dos direitos só ocorrerá se o aumento do valor da produção como consequência do rearranjo for maior do que os custos incorridos para implementá-lo.<sup>329</sup>

Sob esse ponto de vista, os custos atualmente suportados pelos usuários, os custos de transação do sistema atual e os custos de indenização devem ser levados em conta pelo regulador ao analisar a possibilidade de realocação de direitos relativos à exploração monopolista das atividades. Ignorar a existência desses custos implicaria na imprevisão dos efeitos da norma implementada, o que, conseqüentemente, pode levar à resultados adversos, ineficiência econômica e não consagração dos objetivos pretendidos pelo Direito.

## 5. CONCLUSÃO

A evolução dos serviços de energia elétrica no Brasil é representação clara da evolução dos próprios conceitos e institutos jurídicos, que não permanecem imutáveis ao longo do tempo. De serviços locais, centralizados próximos à centros de consumo e sem características de serviço público universal, até o panorama atual, de operação interligada e pluralidade de regimes jurídicos, houve uma sequencia de

---

<sup>328</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 219-220.

<sup>329</sup> COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 115.



transformações e evoluções que conduziram o setor elétrico ao complexo estágio em que se encontra.

O panorama atual é marcado pela assunção de papel regulador pelo Estado que, descentralizando suas funções, permite a exploração de atividades de relevante interesse coletivo e serviços públicos por particulares.

Essa descentralização de atividades exige que o Estado assuma papel regulador, no sentido de tentar preservar e garantir atendimento ao relevante interesse coletivo presente em cada uma dessas atividades. Entretanto, cada indústria possui suas peculiaridades, tecnicidades e especificidades, o que exige a atuação especializada, focada nas necessidades específicas de cada setor regulado. Essa característica acarreta na existência concomitante de uma diversidade de agentes, públicos e privados, exercendo funções regulatórias sobre determinado setor. Com isso se dá a noção de pluralismo jurídico, com a descentralização da própria legalidade e dos poderes normativos, que não mais estão centralizados diretamente no Estado, mas sim, em diversos agentes que, dotados de tecnicidade e considerando as peculiaridades de cada setor específico, exercem poderes e influência típicos do Estado.

A pluralidade é especialmente verificada no setor elétrico, marcado pela atuação regulatória de agentes públicos e privados que possuem variadas funções e objetivos dentro da realidade setorial. A atuação conjunta desses agentes reguladores visa garantir, de um modo geral, a coordenação, equilíbrio e desenvolvimento do setor.

A regulação do setor elétrico, por seus diversos agentes, é essencial para a implementação de relevantes avanços setoriais, permitindo, por exemplo, o aproveitamento ótimo de recursos, a operação interligada por meio do SIN, a entrega de energia entre agentes independente de interligação física entre os mesmos e a liquidação financeira centralizada.

A questão se torna especialmente complexa e relevante ao se considerar que, no caso do setor elétrico, além de pluralidade de agentes exercendo regulação, também há pluralidade de regimes jurídicos incidentes sobre as atividades desempenhadas e sobre os seus respectivos prestadores.

Por mais que se reconheça que todas as atividades da cadeia econômica da energia elétrica são dotadas, em alguma medida, de relevante interesse coletivo, algumas delas são prestadas em caráter de serviço público, portanto sujeitas ao regime jurídico específico; enquanto outras são prestadas em caráter privado, entretanto, sem nunca se dissociar totalmente do interesse coletivo envolvido. O grau de relação entre interesse coletivo e a atividade desempenhada gera incidência, maior ou menor, de regulação setorial.

Nesse contexto, o papel do Estado e dos agentes reguladores, portanto, torna-se complexo e envolve equilibrar e balancear os interesses públicos e privados envolvidos, atender ao interesse coletivo presente nas atividades da cadeia econômica da energia elétrica, atingir os objetivos setoriais traçados pela Constituição e pelas normas incidentes no setor e, tudo isso, respeitando os regimes jurídicos incidentes sobre cada atividade diferenciada.

As funções assumidas pelo Estado, então, transcendem as concepções tradicionais do direito e, especificamente, do direito administrativo. Já não se mostra viável atender a essa complexa gama de funções e objetivos sem buscar respostas amplas e multidisciplinares. A conjugação de interesses públicos e privados, de interesse coletivo e interesses particulares, de necessidade de equilíbrio de mercado e garantia de direitos inerentes aos serviços públicos, exigem do Estado regulador a adoção de práticas modernas que permitam compreender o panorama sob novos enfoques. Nesse sentido, ganham destaque os elementos e o instrumental do direito econômico e da análise econômica do direito.

Utilizando elementos das ciências econômicas e de outras áreas correlatas ao direito, o instrumental teórico dessas matérias se mostra de grande utilidade para o Direito, especialmente no panorama de pluralidade do Estado regulador. O atendimento às complexas necessidades da atuação regulatória exige a adoção de métodos voltados a ampliar a eficiência econômica e que permitam obter resultados não apenas juridicamente possíveis, mas economicamente eficientes.

As peculiaridades do setor elétrico reforçam essa necessidade. O setor é marcado pela necessidade de transações constantes e recorrentes para atender à demanda energética, assim como exige a realização de vultosos investimentos para garantir a continuidade de sua expansão e desenvolvimento.

As transações realizadas no setor elétrico, entretanto, são marcadas por altos custos de transação – alguns deles inevitáveis, outros não. O direito, como estrutura de incentivos, desincentivos e como alocador de direitos, cumpre papel relevante na redução desses custos. Considerando a essencialidade das transações para o desenvolvimento do setor, é papel dos agentes reguladores, em atendimento aos objetivos traçados para o setor elétrico, promover a redução dos custos de transação, permitindo trocas mais eficientes em prol do equilíbrio setorial.

Os altos investimentos necessários para implementação da infraestrutura da cadeia econômica da energia elétrica também tornam essencial a redução de custos de transação e adoção de mecanismos que promovam eficiência econômica, afinal, de nada adianta, ao Estado, construir um arcabouço regulatório juridicamente perfeito, se

este não for apto a atrair investimentos necessários para a implementação dos projetos essenciais ao bom funcionamento do setor elétrico. Além disso, como parte das atividades são prestadas em caráter de serviço público por agentes privados, a implementação de eficiência econômica é essencial para a universalização dos serviços de energia elétrica e para o cumprimento dos deveres de economicidade e modicidade tarifária.

Entretanto, nem sempre a atuação dos agentes reguladores produz os efeitos desejados. Se por um lado a regulação é essencial para a operação do SIN e pode produzir efeitos positivos, por outro, se exercida desconsiderando os elementos econômicos e multidisciplinares envolvidos, é passível de ampliar a ineficiência econômica, gerando custos de incerteza, elevando os custos de transação, elevando o risco dos investidores, elevando o custo de implementação de novos projetos – que se mostram essenciais para a universalidade e continuidade do setor – e, além disso, dificultando transações. Essas medidas e os efeitos por elas gerados acabam por contrariar os objetivos setoriais da regulação e a busca pelo bom desenvolvimento do setor.

Assim, a atuação regulatória que implemente eficiência econômica, reduza custos de transação, reduza custos de incerteza, permita a realização de transações eficientes, atraia os investimentos necessários para o desenvolvimento setorial e, ainda, atenda ao regime jurídico incidente sobre as atividades, estará de acordo, e será benéfica aos objetivos definidos para o setor e às finalidades de atuação do Estado regulador.

Além das transações e investimentos, a questão dos monopólios dos agentes de transmissão e distribuição de energia elétrica apresenta grande relevância para a análise da regulação do setor elétrico sob o enfoque do direito econômico. Tidos como monopólio natural essas atividades são reguladas com o objetivo de atenuar os efeitos adversos típicos dos monopólios, visando garantir a prática de preços compatíveis e bom desempenho das atividades. Entretanto, nem todas as atividades atualmente monopolizadas possuem características de monopólio natural: a comercialização da energia distribuída é segmento cujo monopólio decorre de ato normativo. O segmento, entretanto, não apresenta as características de monopólio natural e possui plenas condições de ser explorado em regime de competição, o que beneficiaria o usuário do serviço público de distribuição de energia elétrica, assim como, promoveria eficiência econômica ao setor elétrico.

O monopólio da comercialização da energia distribuída é prejudicial ao usuário, que atualmente não possui outra opção senão adquirir a energia diretamente

das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, sem liberdade de contratação, tampouco de negociação de condições e preços. A existência de monopólios, além de restringir a competitividade, tende a conduzir a efeitos economicamente prejudiciais, como a estagnação técnica e a elevação de preços. A instauração de competição nessa etapa pode ser benéfica aos usuários que, ampliando suas possibilidades, podem exercer sua liberdade de contratação e optar por serviços que mais adequem-se às suas necessidades, por preços estabelecidos em regime de competição, e não fixados diretamente pelos agentes reguladores. Essa proposta, entretanto, apresenta diversos desafios, dentre os quais, a necessidade de garantia da continuidade e universalidade dos serviços públicos de distribuição, mesmo em caso de instauração de competição, e a análise dos custos envolvidos para a implementação.

Conclui-se, então, que a atuação dos agentes reguladores do setor elétrico é essencial para permitir a coordenação setorial e operação integrada do sistema, trazendo efeitos positivos como a possibilidade de entrega de energia em todo o SIN sem a necessidade de interligação física dos agentes, a otimização de recursos e a universalização dos serviços. Além disso, a atuação regulatória logra êxito em reduzir custos de obtenção de informação entre agentes e de fiscalização dos contratos, ampliando a eficiência econômica das – essenciais – transações entre agentes setoriais. Em outros casos, entretanto, a regulação acaba por gerar externalidades negativas ou efeitos adversos, especialmente ao gerar custos de incerteza reduzindo a eficiência econômica e elevando o custo dos investimentos essenciais ao setor; ou, ainda, ao criar monopólios sem justificativa econômica para tanto, em detrimento do usuário dos serviços.

A regulação do setor elétrico mostrou produzir efeitos positivos em diversos aspectos, possibilitando uma operação setorial eficiente em consonância com os objetivos traçados para o setor; entretanto, ainda se verifica prática de atos regulatórios que geram efeitos incompatíveis com os objetivos da regulação setorial. A adoção, pelos agentes reguladores, de métodos multidisciplinares com a utilização de instrumentos da economia e do direito econômico tem muito a contribuir com o tema, especialmente no sentido de possibilitar análise dos pontos falhos da regulação setorial, analisando e antevendo as consequências dos atos regulatórios, permitindo assim que se adote a melhor escolha regulatória, que conduza o setor ao mais próximo possível da situação desejada, que atenda aos deveres legais e constitucionais dos reguladores e, também, aos objetivos traçados pelas normas pertinentes ao setor elétrico.



## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Natureza Jurídica da Geração de Energia Elétrica. In: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica**: tomo II. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas. In: **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 233, p. 311-371, jul./set. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

BESSEMBINDER, Hendrik; LEMMON, Michael. Equilibrium pricing and Optimal Hedging in Electricity Forward Markets. In: **The Journal of Finance**, vol. LVII, n. 3, June 2002.

BITENCOURT NETO, Eurico. Vinculação da Administração Pública ao Mínimo Existencial. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; BITENCOURT NETO, Eurico. (Org.). **Direito Administrativo e Direitos Fundamentais**: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BLANCHET, Luiz Alberto. A Tarifa de Energia Elétrica. In: BLANCHET, Luiz Alberto; PIRONTI, Rodrigo Aguirre de Castro (organizadores) **Direito da Energia: economia, regulação e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto. Alterabilidade Unilateral do Contrato de Concessão. In: **Serviços Públicos**: Estudos Dirigidos. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. Agência nacional de Energia Elétrica. **Contrato de Concessão nº 004/2017 – ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15930786//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+004-2017+-+ANEEL>>. Acesso em 02/01/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Contrato de Concessão nº 46/99 – ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15062896//Contrato+de+Concess%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 21/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Despacho nº 3.280 de 14 de dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/dsp20163280.pdf>>. Acesso em 30/01/2018.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Edital do Leilão nº 02/2017-ANEEL: ANEXO 1-01 – Minuta do Contrato de Concessão de Transmissão**. Disponível em <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_transmissao/documentos/Minutas\\_Contratos\\_Lotes%201a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_transmissao/documentos/Minutas_Contratos_Lotes%201a11%20-%20Leilao-02-2017.pdf)>. Acesso em 21/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Leilão 002/2017**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes\\_liferay/editais\\_transmissao/documentos\\_editais.cfm?IdProgramaEdital=169](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes_liferay/editais_transmissao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=169)>. Acesso em 20/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Leilão 004/2017**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_geracao/documentos\\_editais.cfm?IdProgramaEdital=170](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos_editais.cfm?IdProgramaEdital=170)>. Acesso em 20/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Monitoramento da Qualidade dos Serviços de Transmissão de Energia Elétrica**. Janeiro/2018. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/656808/0/Relat%C3%B3rio+Trimestral+da+Qualidade+dos+Servi%C3%A7os+de+Transmiss%C3%A3o/c6c68ad7-7e00-65e8-69db-4e70bf40392e>>. Acesso em 29/01/2018.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST: Módulo 8 – Qualidade da Energia Elétrica**. Brasília: Aneel, 2017. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/modulo-8>>. Acesso em 21/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Quinto Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 46/1999-ANEEL**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/documents/10184//15062896//Quinto+Termo+Aditivo.pdf>>. Acesso em 21/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Relatório de Gestão do Exercício de 2015**. Brasília: MME e Aneel, 2016. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/documents/653889/14859944/Rel%C3%A1torio+de+Gest%C3%A3o+ANEEL+2015/415e1573-a318-496f-9037-abc1b004af09>>. Acesso em 25/03/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 109 de 26 de outubro de 2004**. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>>. Acesso em 28/12/2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 673 de 4 de agosto de 2015**. Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015673.pdf>>. Acesso em 28/12/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial. Brasília, 1988.



BRASIL, **Decreto n. 5.081 de 14 de maio de 2014**. Diário Oficial da União, Brasília, 2014.

BRASIL, **Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 2004.

BRASIL, **Lei Federal nº 3.782, de 22 de julho de 1960**. Diário Oficial da União, Brasília, 1960.

BRASIL, **Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Diário Oficial da União. Brasília, 1995.

BRASIL, **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Diário Oficial da União, Brasília, 1996.

BRASIL, **Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília, 1997.

BRASIL, **Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Diário Oficial da União, Brasília, 1998.

BRASIL, **Lei Federal nº 9.991 de 24 de julho de 2000**. Diário Oficial da União, Brasília, 2000.

BRASIL, **Lei Federal nº 10.847 de 15 de março de 2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 2004.

BRASIL, **Lei Federal nº 10.848 de 15 de março de 2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 2004.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013**. Diário Oficial da União. Brasília, 2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Arbitragem no Âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE**. Disponível em <[http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE\\_031552](http://www.ccee.org.br/ccee/documentos/CCEE_031552)>. Acesso em 16/10/2017.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Regras de Comercialização**. Disponível em <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos\\_menu\\_lateral/regras?\\_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F\\_afLoop%3D581727856253483%26\\_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/regras?_afLoop=581727856253483#!%40%40%3F_afLoop%3D581727856253483%26_adf.ctrl-state%3D1a1ffrlglg_4)>. Acesso em 29/11/2017.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Visão Geral das Operações na CCEE: Versão 2010**.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Regulação do setor elétrico e custos de transação: a comercialização de energia elétrica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 213-230, jan./mar. 2014.

CARMO, Paulo Sérgio do. **O Trabalho na Economia Global**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004.

COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo R. O Direito Econômico e a Construção Institucional. **Revista Estudos Institucionais**, ano 1, vol. 2, p. 214-262, 2016.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Organizadora). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAGUNDES, Maria Aparecida Almeida Pinto. Os novos rumos do direito da eletricidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 224, p. 1-29, 2001.

FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, vol. 27, nº 2 (106), p. 261-280, abril-junho 2007.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito Concorrencial e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

FINGER, Ana Cláudia. O Público e o Privado na Administração Pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coordenador). **Cenários do Direito Administrativo: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. Regulação Administrativa e os Principais Vieses. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. p

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan.-jun/2010.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jul 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 25/10/2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n.13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito Fundamental ao Serviço Público Adequado e Capacidade Econômica do Cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Dialética: 2003.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória. In: LANDAU, Elena (coord.) **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Regime jurídico da geração de energia elétrica. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 143-176, jan./jun. 2015.

LOWE, Philip; PUCINSKAITE, Ingrida; WEBSTER, William; LINDBERG, Patrick. Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry. **Competition Policy Newsletter**. Number 1, Spring 2007.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALISKA, Marcos Augusto. **Max Weber e o Estado Racional Moderno**. Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 1, Curitiba, UFPR, p. 15-28, ago./dez. 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras no Setor de Energia entre Especialidade e Eficiência. In: LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 21/12/2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MERCOSUL. **Acordo-Quadro sobre Complementação Energética Regional entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados**. 2005. Disponível em <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/acordo-quadro-sobre-complementacao-energetica-regional-entre-os-estados-partes-do-mercosul-e-estados-associados-1/>>. Acesso em 15/05/2017.

MERCOSUL. **Memorando de entendimento relativo aos intercâmbios elétricos e integração elétrica no Mercosul**. 1998. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas\\_web/Decisio](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisio)

nes/PT/Dec\_010\_098\_Memorando%20Entend%20Interc%C3%A2mbio%20Integ%20E  
I%C3%A9trica%20MCS\_At%201\_98.PDF>. Acesso em 15/05/2017.

MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo, uma Análise Econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionarieidade Administrativa das Autoridades Reguladoras e Aplicação das Noras Punitivas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 254, mai/ago. 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Contrato Administrativo Como Instrumento de Governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa. **Estudos de Contratação Pública**, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Monopólios naturais e licitações de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, jan./abr. 2011.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Ano 51, n. 203, jul./set. 2014.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014.

NASCIMENTO NETO, José Osório; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Custos de transação em energias renováveis e sua importância para o desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 105-134, jan./abr. 2014.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas Públicas e Regulação Socioambiental**: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.

NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, vol. 84, n. 3, p. 359-368, jun., 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MONTES, Danilo Leal. Prorrogação das concessões de energia elétrica: problemática e soluções. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 75-95, out./dez. 2011.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. **O que é o SIN** – Sistema Interligado Nacional. Disponível em < <http://www.ons.org.br/pt/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin>>. Acesso em 20/2/2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.

PAIXÃO, Leonardo André. Aspectos Jurídicos-Institucionais do Setor Elétrico Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Organizadora). **Direito Regulatório Temas Polêmicos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006.



POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POSNER, Richard. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Working Paper n. 53, 1998.

PRADO FILHO, A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. UC Berkeley. mai. 2007.

RAMOS, José Maria; DUARTE, Francisco Carlos. Análise econômica do direito na defesa da concorrência. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 2, p. 31-47, maio/ago. 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 11, n. 11. p. 304-329, jan./jun. 2012.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos Empresariais e Análise Econômica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROLIM, Maria João C. Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento. In: SALOMÃO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamento sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: Estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público**: Garantia Fundamental e Cláusula de Proibição de Retrocesso Social. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 251-275, jan./mar. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69232>>. Acesso em: 22/11/2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Novas anotações sobre as empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 239, p. 211, jan./mar. 2005. p. 216.

SONAGLI, Joseliane; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A Teoria de Coase e o Papel do Direito Para a Eficiência das Relações Empresariais. **Economic Analysis of Law Review – EALR**, v. 8, nº 1, p. 18-34, jan.-jun., 2017.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 13, n. 1, p. 71-88, jan./abr. 2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul.-set. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil**, n. 144, p.221-235, outubro. 2006.

TAMANAH, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. **Sydney Law Review**. Vol. 30, p. 375-410.

WALTENBERG, David. O Direito da Energia Elétrica e a ANEEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, issue 3, p. 548-577, nov., 1981.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. **The Journal of Law and Economics**, vol. 22, n. 2, p. 233-261, oct. 1979.

WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183-207, out./dez. 2007. Disponível em:  
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 29/11/2017.

ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.