

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CENTRO DE PESQUISA - CEPES**

**A CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS E SUA REGULAÇÃO PELA
ANEEL: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA *ESSENCIAL FACILITY***

Elaborado por:
Eduardo José Fagundes Barreto

Orientado por:
Fabiano Jantalia

Brasília/DF
2014



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
CENTRO DE PESQUISA - CEPES**

**A CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS E SUA REGULAÇÃO PELA
ANEEL: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA *ESSENCIAL FACILITY***

Elaborado por:
Eduardo José Fagundes Barreto

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

Brasília/DF
2014

EDUARDO JOSÉ FAGUNDES BARRETO

A CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS E SUA REGULAÇÃO PELA ANEEL: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA *ESSENCIAL FACILITY*

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Orientador: Prof. Me. Fabiano Jantalia

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Resumo

Este trabalho se propõe a estudar problemas relacionados ao controle de poder de monopólio executado por uma agência reguladora de serviços públicos (ANEEL), no contexto do atendimento a consumidores de energia elétrica do sistema isolado.

O setor elétrico brasileiro é constituído por dois sistemas: o interligado e o isolado. O Sistema Interligado (SIN) responde por 97 % da geração de energia elétrica, enquanto 1,7% da energia restante atende pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica.

O sistema isolado é fundamentalmente atendido por usinas térmicas, a combustível fóssil, o que torna o custo de geração proibitivo para as empresas e famílias instaladas na região. Para reduzir a conta dos consumidores desse sistema, todos os demais consumidores conectados ao SIN arrecadam um encargo denominado Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis (CCC), gerenciada pela Eletrobras.

O sistema isolado é operado, por duas grandes empresas estatais: a Eletrobras, que planeja a operação anual do sistema, validando a compra de insumos energéticos pelas geradoras/distribuidoras de energia elétrica; e a Petrobras, que produz e vende os combustíveis.

O problema é que a Petrobras usufrui de uma situação monopolista na produção e na distribuição dos combustíveis fósseis para a operação do sistema isolado. A questão posta é: a atividade monopolista afeta os custos do serviço de energia elétrica e a Agência não tem efetivo controle, pois sua ação está circunscrita ao ambiente do serviço público.

Considerando a pouca efetividade das ações de controle e regulação até então empreendidas, aborda-se a *doutrina essencial facility*, própria do campo jurídico, como uma possível solução.

Abstract

The purpose of this work is to study the monopoly power control by a regulatory agency of public services (ANEEL), in the case of the electricity consumers located in the isolated system.

The Brazilian electricity sector consists of two systems: the interconnected system (SIN) and the isolated system. The interconnected system accounts for 97% of electricity generation, while 3% of the remaining generation meets the needs of small isolated systems located mainly in the Amazon region.

The isolated system is primarily served by thermal power plants using fossil fuel, which makes the power generation cost prohibitive to businesses and families living in the region.

In order to subsidize fuel costs and reduce consumer bills in the isolated system, all other consumers in the SIN pay a fee called Fossil Fuel Consumption Account (CCC), managed by Eletrobras.

The isolated system is operated by two large state-owned companies: Eletrobras, which plans the annual operation, validating the purchase of energy inputs by electricity generators and distributors; and Petrobras, which produces and sells fuel.

The problem is that Petrobras enjoys a monopolistic position in the fossil fuels production and distribution for the isolated system operation. The main issue is that this monopolistic position affects the cost of electricity service; and ANEEL has no power to control the situation because its action is limited to the public service environment.

Considering the low effectiveness of the control measures and regulation, this dissertation approaches the *essential facility doctrine*, usually limited to the legal field, as a possible solution for the problem.

Sumário

Introdução	7
1 – A Conta de Consumo de Combustíveis-CCC	13
1.1 - A Reforma do Setor Elétrico Brasileiro e questão do subsídio cruzado	
1.2 - Origens e Finalidades	
1.3 – Serviço público e subsídios	
1.4 – Desvirtuamento da CCC	
2 - Da regulação e fiscalização da ANEEL.....	21
2.1 - O Poder Sancionador da ANEEL	
2.2 - A Fiscalização da CCC pela ANEEL	
2.2.1 – Do Controle das Quantidades dos Combustíveis	
2.2.2 – Do Controle dos Preços dos Combustíveis	
3 - Poder normativo da ANEEL versus fornecedor em posição dominante no Domínio Econômico.....	40
4 - Uma Hipótese Alternativa: a doutrina <i>Essential Facility</i>.....	44
4.1 - Da lei brasileira de defesa da concorrência	
4.2 - Da ação monopolista da Petrobras	
4.3 - Das penalidades previstas na Lei da Concorrência	
4.4 - Da doutrina das <i>Essential Facilities</i>	
4.5 - Do compartilhamento de infraestrutura no âmbito do Serviço Público	
Conclusão.....	56
Bibliografia.....	59

Introdução

O setor elétrico brasileiro é constituído por dois sistemas: o interligado e o isolado. O Sistema Interligado Nacional – SIN responde por 97 % da geração de energia elétrica e atende 98,3 % da população brasileira. Apenas 1,7% da energia requerida pelo país encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica, onde vivem a aproximadamente 1,2 milhão de consumidores de energia elétrica¹.

O sistema interligado é um sistema hidrotérmico, constituído por usinas hidrelétricas, usinas térmicas e pela rede de transmissão (Figura 1). Esse sistema é operado centralizadamente pelo Operador Nacional do Sistema – ONS, que despacha as usinas por ordem de mérito, isto é, de acordo o custo de geração para atender a demanda de energia, em tempo real.

As usinas de menor custo são as que entram primeiro para atender a carga; são as usinas que operam na base do sistema, normalmente as hidrelétricas e as térmicas inflexíveis – nuclear e de carvão. As usinas térmicas, a gás e a óleo são usinas caras que entram para atender a ponta do sistema ou para economizar água nos reservatórios, o que normalmente ocorre nos períodos secos.

A operação interligada reduz o custo de geração não só pela presença das hidrelétricas, responsável pela maior capacidade de geração de energia elétrica do País, como também pela operação otimizada do sistema pelo ONS. Na operação otimizada do sistema, o ONS também faz a gestão dos reservatórios das grandes usinas do país, possibilitando a redução do custo de geração, por meio do intercâmbio de energia entre as regiões. Por exemplo: o tempo úmido da Região Sul é diferente do da Região Sudeste.

Dessa forma, o custo de geração do sistema interligado depende fundamentalmente do regime de chuvas. Ainda assim, a presença das grandes hidrelétricas, com reservatórios de regularização², favorece um custo de

¹ Fonte Eletrobras. http://www.eletrobras.com.br/EM_Atuacao_SistIsolados/default.asp. Acessado em 02/02/2014.

² Reservatórios de regularização funcionam como energia armazenada e disponível para uso futuro. Atualmente, questões ambientais não permitem que reservatórios de regularização sejam construídos. Em contraposição, reservatórios a “fio d’água”, embora tenham menor impacto ambiental com a formação do lago, não são capazes de armazenar água em época de cheia.

geração médio mais baixo. Dessa maneira, o sistema interligado favorece o consumo de energia pelas empresas e pelas famílias.

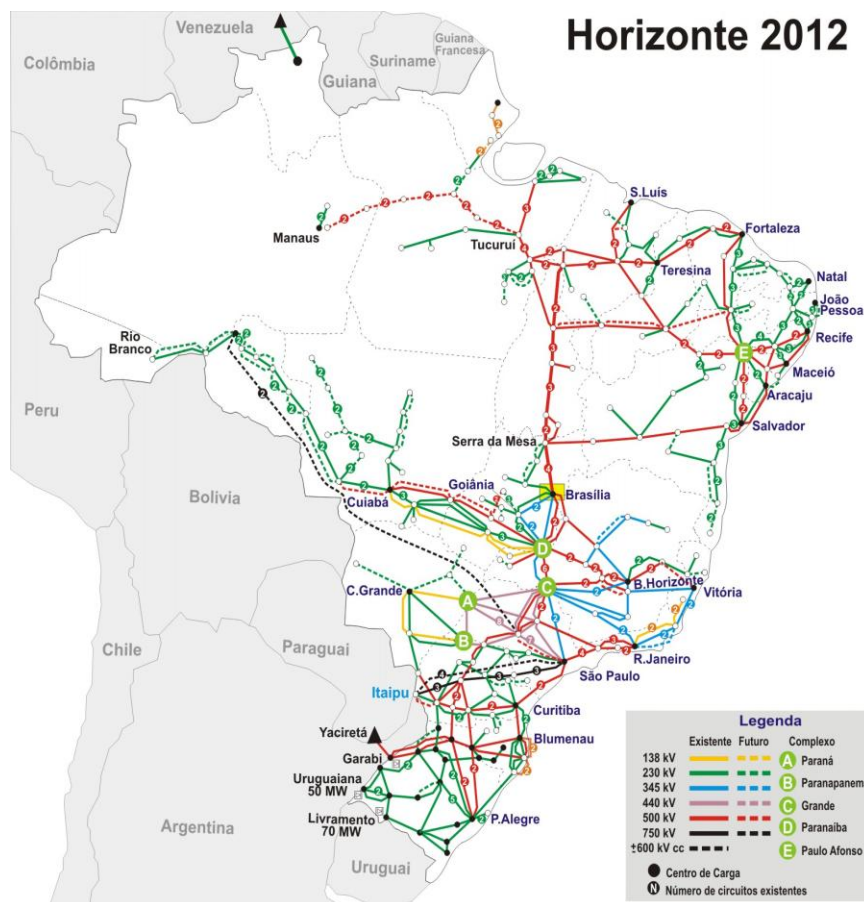


Figura 1 – Sistema interligado

O sistema isolado, situado na Região Norte³, é fundamentalmente atendido por usinas térmicas, principalmente a óleo combustível, o que torna o custo de geração proibitivo para as empresas e famílias instaladas na região. O custo de geração no sistema isolado chega a ser 20 vezes mais elevado do que o das regiões atendidas pelo sistema interligado. Esse sistema abastece cerca de 3% da população nacional, localizada em uma área que corresponde a 45% do território brasileiro.

Para subsidiar os custos com combustíveis e assim reduzir a conta dos consumidores desse sistema, todos os demais consumidores conectados ao SIN arrecadam um encargo denominado Conta de Consumo de Combustíveis (CCC). Assim, a CCC reduz o preço da energia do sistema isolado ao nível dos preços cobrados no sistema interligado. Portanto, a CCC tem a função de proporcionar um mínimo equilíbrio financeiro para as empresas da Região, na grande maioria estatais, subsidiárias da Eletrobras.

³ Inclui também a Ilha de Fernando de Noronha, situada na região Nordeste.

A CCC é gerenciada pela Eletrobras, por meio do Grupo Técnico Operacional da Região Norte - GTON, responsável pelo Planejamento e Acompanhamento da Operação dos Sistemas Isolados da Região Norte. A Eletrobras planeja a operação do sistema isolado, mas a operação é inteiramente executada pelas empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica, essas últimas pertencentes ao grupo Eletrobras.

A Petrobras é a fornecedora dos combustíveis fósseis para o sistema elétrico da Região. Os diversos insumos energéticos – óleo diesel e óleo combustível – são produzidos na Refinaria de Manaus e o gás natural distribuído diretamente pelo Gasoduto Urucum – Manaus. A Petrobras possui também uma grande infraestrutura - rede de tanques distribuídos por todos os municípios da Região Norte - que permite a estocagem do combustível, inclusive para o abastecimento das usinas termelétricas.

O sistema isolado, portanto, é operado, por duas grandes empresas estatais, uma que planeja a operação anual do sistema, a exemplo de determinar a quantidade de combustíveis que será utilizada para a geração elétrica, que em última análise, valida a compra de insumos energéticos pelas geradoras/distribuidoras de energia elétrica, a outra, a que produz e vende os combustíveis.

O grande problema é que a Petrobras usufrui de uma situação monopolista na produção e na distribuição dos combustíveis fósseis para a operação do sistema isolado, o que permite que se façam as seguintes indagações:

- i. A Petrobras pratica preços acima dos preços de mercado para atender ao sistema elétrico isolado?
- ii. Os custos de infraestrutura implantada pela Petrobras para viabilizar o fornecimento justificaria preços mais elevados?
- iii. Ou, a Petrobras se vale de seu poder de monopólio e da sua posição dominante na região para praticar preços abusivos?
- iv. Sendo assim, a Petrobras estaria se beneficiando da CCC?
- v. Nesse caso, como controlar um poder de monopólio situado no Domínio Econômico por uma agência reguladora de serviços públicos?

Essas questões serão tratadas nesse trabalho, que busca mostrar o esforço da ANEEL em controlar um dos mais importantes subsídios do setor elétrico, voltado para o atendimento das necessidades de energia elétrica nos sistemas isolados a um custo isonômico para seus consumidores. E suas dificuldades em obter pleno sucesso em razão de posição dominante

desfrutada por empresa estatal no fornecimento de combustíveis para fins de geração de energia elétrica nas regiões eletricamente não-interconectadas.

Inicialmente, o tema será introduzido por meio da apresentação do objeto deste trabalho: a Conta de Consumo de Combustíveis-CCC – suas origens e finalidades. A CCC, instituída por lei em 1973, perdura como um dos mais importantes subsídios do setor elétrico brasileiro, vez que viabiliza o consumo da energia elétrica nos sistemas isolados.

Antes, porém, será feita uma rápida descrição da reestruturação do setor elétrico brasileiro, entre 1995 e 1999, que se debruçou essencialmente sobre o sistema interligado. O sistema isolado foi tratado marginalmente pelo projeto de reestruturação do setor.

Em seguida será feita uma ligeira digressão sobre a abordagem jurídica em contraponto à abordagem econômica do subsídio. A importância de se debater essas abordagens distintas reside na contradição entre o desvio comportamental do agente beneficiado pelo subsídio, uma vez que o mecanismo de preço está sobrestado e que o interesse público está ligado a objetivos determinados.

Esse debate deságua numa seção que mostrará o desvirtuamento de finalidade da CCC.

Em seguida, esse tema será aprofundado através do papel de regulação e controle da ANEEL sobre a gestão desse subsídio. Essa ação, sempre norteada pela busca em almejar a eficiência no uso do benefício, será mostrada em duas partes: uma delas encontra-se no âmbito do serviço público, terreno no qual a Agência tem amplo domínio, que está relacionada aos controles de quantidades do combustível.

A outra está situada num terreno nebuloso, ponto de interseção entre serviço público e domínio econômico, portanto, de difícil regulação e controle pela Agência. Aqui, trata-se de regular preços de combustíveis, cujo fornecedor se encontra em posição dominante e situado no domínio econômico, portanto, longe da linha de ação e controle da ANEEL.

Dando suporte a essa abordagem, transita-se pelo Direito Administrativo Sancionador uma vez que a ação da ANEEL nesse campo se materializa também por meio de sanções. Contudo, sua atuação sancionadora é limitada pela competência que lhe atribui a lei, de regular e fiscalizar serviços públicos de energia elétrica, assim como toda a atividade correlata que se encerra na esfera da geração de energia elétrica. Trata-se de delimitar os limites da

Agência, enquanto poder sancionador, de tutelar o uso eficiente de um recurso público.

Dando sequência a essa questão, o capítulo seguinte trata do poder normativo da ANEEL *versus* o poder de fornecedor de combustível para o setor elétrico, em posição dominante no domínio econômico. Sendo uma das consequências desse conflito, o encaminhamento de denúncia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) contra a Petrobras e sua subsidiária a BR Distribuidora.

O capítulo seguinte aborda outro bem tutelado, agora pelo Direito da Concorrência, e é dedicado a mostrar a pouca eficácia da nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011 – para resolver o problema identificado e objeto de estudo deste trabalho. Para tanto, se faz uma breve análise da referida lei, assim como, da lei 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, e institui a Agência Nacional do Petróleo/ANP.

As contradições inerentes ao modelo poderão encontrar sua síntese, ou melhor, uma proposta de solução, por meio de uma abordagem alternativa, na qual se toma como parâmetro a doutrina *Essencial Facility*, criada a partir de decisões da Suprema Corte Americana para solucionar conflitos, onde o poder de monopólio é refreado em nome de manutenção das condições de concorrência.

Numa seção desse capítulo será mostrada a experiência da ANEEL, baseada em lei, para o compartilhamento de rede, no âmbito do serviço público, envolvendo o setor elétrico e o setor de telecomunicações – compartilhamento no uso de postes da rede de distribuição de energia elétrica. Nessa seção serão debatidas as dificuldades do compartilhamento, tendo em vista o conceito da *Essencial Facility*.

Na conclusão do trabalho é sugerido que a solução da questão talvez possa ser encontrada na colaboração entre as agências - ANEEL e ANP, cada qual regulando sua própria área de atuação - já prevista nas suas leis de constituição. No caso em análise, uma ação conjunta poderia determinar os termos de um certame, no qual a doutrina das *Essential Facilities* e do Direito da Concorrência poderiam ser aplicadas. Nessa matéria, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE poderia desempenhar papel fundamental, vez que possui a prerrogativa legal de atuar na defesa da concorrência, seja no âmbito do domínio econômico, seja no serviço público

Em resumo, a questão proposta nesse trabalho é a seguinte: i) existe um problema de monopólio econômico, e não de monopólio jurídico; ii) que ocorre

no Domínio Econômico; iii) que afeta os custos do serviço de energia elétrica, isto é, impacta a modicidade tarifária; e iv) e que a Agência não tem o poder de controle, pois sua ação está circunscrita ao ambiente do serviço público.

Por esse motivo, uma abordagem alternativa de controle do poder de monopólio será tentada: a doutrina *Essencial Facility*.

1 A Conta de Consumo de Combustíveis-CCC

1.1 A CCC no contexto da Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro

Antes de descrever as origens e finalidades da CCC importa destacar a reforma do Setor Elétrico Brasileiro executado entre 1995 e 1999⁴, a partir do Projeto RE-SEB, que atingiu essencialmente o sistema interligado, e praticamente não tocou nas regras vigentes para o sistema isolado.

O modelo então vigente era quase que inteiramente estatal, no qual as tarifas eram determinadas pelos custos⁵ e quase todo o setor era controlado por empresas estatais. Não havia a separação geração, transmissão e distribuição de energia. O serviço era uno e exercido basicamente por empresas estatais. O modelo estava exaurido, sem condições de expansão pela escassez de recursos estatais.

O projeto RE-SEB⁶ propôs a privatização das empresas do setor, um sistema de remuneração baseado no conceito *price-cap*⁷, a criação de um mercado livre e um mercado cativo, criando um modelo com as seguintes características: 1) desverticalização das atividades, isto é, aparta o sistema em três segmentos: geração, transmissão e distribuição; 2) a geração passa a ser uma atividade competitiva com preços definidos no mercado, por meio de leilões; 3) a transmissão é independente da geração e da distribuição, o que exige que os geradores tenham livre acesso à rede; 4) cria-se a figura do consumidor livre, que pode comprar energia do distribuidor, do gerador ou do comercializador; 5) cria-se também a figura do comercializador, um intermediário, que compra e vende energia; 6) a transmissão e a distribuição são considerados monopólios naturais por isso as tarifas deverão ser administrados pelo Poder Concedente; 7) cria-se o Operador Nacional do Sistema – ONS que opera o sistema no sentido da sua otimização (geradores e

⁴ LEI Nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. LEI Nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. LEI Nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Que altera vários dispositivos referentes ao setor elétrico e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS.

⁵ As tarifas eram reajustadas a partir da verificação do aumento de custos das empresas, na grande maioria estatais – federais e estaduais. Havia um controle do governo sobre a taxa de retorno dos investimentos.

⁶ Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro.

⁷ É estabelecido um teto tarifário para os serviços de distribuição, onde há monopólio natural, imposto pelo governo por meio de leilões, e reajuste anual por índice de preços. Nesse modelo, os ganhos de produtividade é em parte apropriada pelas empresas e em parte pelos consumidores de energia.

sistema de transmissão) e garante o livre acesso à rede; 8) cria o Mercado Atacadista de Energia-MAE, já extinto, atualmente seu papel é executado pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica-CCEE, que liquida as transações de energia no mercado de curto prazo;9) cria o órgão regulador, para atuar de forma independente do governo para garantir a manutenção das regras, no caso a ANEEL; 10) a expansão da oferta – os investimento de geração - ficaria a cargo dos agentes privados

Do ponto de vista dos subsídios, sempre presente no setor elétrico, nos quais um grupo de consumidores subsidiava outros grupos de consumidores, o projeto RE-SEB propôs a sua supressão, de modo que um mercado não subsidiasse outro (o livre e o cativo)⁸. O subsídio distorce a alocação ótima dos recursos⁹.

O Projeto RE-SEB, embora não se debruce sobre o sistema isolado, reconhece a necessidade da sua existência como pode ser notado a seguir:

Em todas as macro-análises verifica-se que algum tipo de subsídio é necessário para os consumidores dos sistemas isolados. Entretanto, a perpetuação do mecanismo da CCC merece ser revisto, de modo a se evitar incentivos distorcidos que ora são proporcionados por esse mecanismo, tais como a manutenção de ineficiência na geração térmica¹⁰

Dessa maneira, o Projeto RE-SEB não tocou nos fundamentos do sistema isolado, que continuou com empresas verticalizadas, cuidando da geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, e a CCC foi mantida na sua integridade. Na próxima seção será tratada de uma forma mais detalhada as origens e finalidades desse subsídio.

1.2 Origens e Finalidades

Ainda durante a vigência do antigo modelo do setor elétrico, onde as tarifas eram determinadas pelos custos e quase todo o setor era controlado por

⁸ Mercado livre – onde os preços fossem livremente estabelecidos entre vendedores e compradores livres, sem a interferência do estado. Mercado cativo – mercado das distribuidoras, onde as tarifas são reguladas pelo órgão regulador.

⁹ O objeto da economia, segundo a teoria econômica, é a alocação eficiente dos recursos na economia, o preço é a variável fundamental que determina a escolha eficiente pelo agente econômico. Pressupõe-se, portanto, que o sistema de preços deva ser livre, de modo a refletir em cada momento as condições da oferta e da demanda da economia. Dessa forma, o interesse público consubstanciado no conceito de serviço público é visto como um convite ao desperdício e à ineficiência econômica. A possibilidade de introdução de mecanismos compensatórios, como os subsídios, no âmbito do serviço público traria um caráter ineficiente ao sistema, introduzindo um desequilíbrio nos preços relativos da economia. No caso do setor elétrico brasileiro, o ambiente de tarifa (interesse público) contaminaria o ambiente de preços (interesse privado). A existência de subsídios cruzados na estrutura tarifária do setor elétrico brasileiro contradiz o conceito de custo marginal.

¹⁰ Projeto RE-SEB-COM. Sumário Executivo das Sugestões. Outubro/2001. O projeto RESEB-COM complementa os estudos inicialmente desenvolvidos no Projeto RE-SEB.

empresas estatais, foi criada um dos mais importantes subsídios: a Conta de Consumo de Combustíveis/CCC. A CCC foi instituída pela Lei nº 5.899, de 05 de julho de 1973, e regulamentada pelo Decreto nº 73.102, de 07 de novembro de 1973, com o objetivo de garantir o suprimento de energia elétrica às distribuidores, subsidiando o custo dos combustíveis fósseis utilizados nas centrais geradoras termelétricas. Os ônus e vantagens decorrentes do consumo dos combustíveis fósseis passaram a ser rateados entre todas as empresas concessionárias de forma a atender às necessidades dos sistemas interligados.

Em outras palavras, a CCC foi concebida para equalizar os custos de geração térmica com combustíveis fósseis com os custos da geração hidráulica no sistema interligado-SIN. Parte dos custos dos combustíveis fósseis passou a ser coberto por todos os consumidores de energia elétrica do SIN, enquanto que a usina térmica passou a contribuir apenas com o custo do equivalente hidráulico, que reflete o valor da energia produzida por usinas hidrelétricas que poderia substituir a energia de termelétricas – é a Tarifa de Energia Hidráulica Equivalente (TEH)¹¹.

Aplicada inicialmente nas regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, posteriormente, a CCC foi estendida também para os sistemas interligados das regiões Norte e Nordeste.

A Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993¹², estendeu a todos os concessionários distribuidores o rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, conseqüentemente o benefício foi estendido para o sistema isolado. Isto é, os consumidores dos Sistemas Isolados passaram a contribuir para a formação da reserva financeira e, em contrapartida, compartilhar do benefício da geração termelétrica.

Em 1990, foi criado pelo já extinto Ministério de Infraestrutura o Grupo Técnico Operacional da Região Norte - GTON¹³, responsável pelo Planejamento e Acompanhamento da Operação dos Sistemas Isolados da Região Norte e constituído pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, pelas Centrais Elétricas Brasileiras S.A - Eletrobras e pelas concessionárias relacionadas, tendo a Eletrobras a função de coordenação.

¹¹ Introduzida pela Portaria DNAEE nº 218, de 05 de abril de 1993. Essa tarifa é calculada pela ANEEL.

¹² Regulamentada pelo Decreto nº 774, de 18 de março de 1993.

¹³ Portaria MINFRA (Ministério de Infraestrutura) nº 895, de 29 de novembro de 1990. O GTON é um órgão colegiado, que responde pelo planejamento e acompanhamento da operação dos sistemas isolados, visando assegurar a esses consumidores, não contemplados com as vantagens oferecidas pelos Sistemas Interligados, o fornecimento de energia elétrica em condições adequadas de segurança e qualidade.

Importante destacar que a gestão da conta é exercida, desde a sua instituição, pela Eletrobras. Até o advento da ANEEL, com a reestruturação do setor elétrico, não havia uma instituição que fiscalizasse a aplicação do recurso.

Com a reestruturação do setor elétrico brasileiro e a edição da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, foi determinada a manutenção temporária das “subcontas” CCC dos sistemas interligados durante oito anos, com cobertura para o parque gerador existente em 6 de fevereiro de 1998, e dos sistemas isolados, com cobertura integral até 2013¹⁴.

Dessa forma, após a reestruturação do setor elétrico brasileiro, a CCC foi extinta paulatinamente para o sistema interligado e passou a cobrir apenas os custos de geração do sistema isolado.

Contudo, o benefício da CCC para o sistema isolado foi estendido por 20 anos, a partir da promulgação da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que no parágrafo terceiro do art. 18¹⁵, dá nova redação para a aplicação da sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados.

A nova redação ampliou a vigência do benefício, porém, exigiu como contrapartida que o mecanismo fosse usado para atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica nestes sistemas, ao término do prazo estabelecido, por meio da indução à eficiência econômica e energética, à valorização do meio ambiente e à utilização de recursos energéticos locais. Esse comando teve grande importância nos desdobramentos posteriores de controle da Conta pela ANEEL.

Porém, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009¹⁶, introduziu modificações substanciais na CCC¹⁷. As concessionárias do sistema isolado passaram a ser subsidiadas pela diferença de custo efetivo de geração térmica e a valoração da quantidade correspondente de energia elétrica pelo custo médio da potência e energia comercializadas no Ambiente de Contratação

¹⁴ Art 11 da lei 9.648/1998. A Lei instituiu também o direito à sub-rogação dos recursos da CCC às Pequenas Centrais Hidrelétricas-PCH's, aos empreendimentos de geração a partir de fontes alternativas e para a eficiência de usinas térmicas. A sub-rogação da CCC não será tratada nesse trabalho.

¹⁵ “É mantida, pelo prazo de 20 (vinte) anos, a partir da publicação desta Lei, a aplicação da sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, estabelecida pela Lei no 8.631, de 4 de março de 1993, na forma a ser regulamentada pela Aneel, a qual deverá conter mecanismos que induzam à eficiência econômica e energética, à valorização do meio ambiente e à utilização de recursos energéticos locais, visando atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica nestes sistemas, ao término do prazo estabelecido.”

¹⁶ Regulamentada pelo Decreto nº 7.246, de 9 de dezembro de 2010.

¹⁷ A Resolução ANEEL nº 427, de 22 de fevereiro de 2011, regulamentou a Lei nº 12.111, de 2009, e o Decreto nº 7.246, de 2010, e estabeleceu novos comandos para os procedimentos para planejamento, formação, processamento e gerenciamento da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC.

Regulada - ACR do Sistema Interligado Nacional – SIN. Ou seja, os custos de geração passaram a incluir não somente custos com combustíveis, mas também investimentos, custo de operação e manutenção, e impostos não-recuperáveis (ICMS). Essa Lei também aboliu o limite de tempo para a existência desse subsídio.¹⁸

Posteriormente, a Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012¹⁹, que tratou das prorrogações das concessões, alterou profundamente a estrutura dos encargos setoriais, extinguindo o rateio da CCC entre as concessionárias, passando essa Conta a ser suprida pela Conta de Desenvolvimento Energético – CDE.

A CDE, por sua vez, passou também a ter como fonte os créditos que a Eletrobras detém contra a Itaipu Binacional; podendo a União, para a cobertura desses créditos, emitir títulos da Dívida Pública Mobiliária em favor da Eletrobras.

A CDE era composta até a edição dessa MP pelos seguintes encargos setoriais: i) quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia com consumidor final, mediante encargo tarifário incluído nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão ou de distribuição; ii) pagamentos anuais realizados a título de uso de bem público; iii) multas aplicadas pela ANEEL a concessionárias, permissionárias e autorizadas.

Dessa maneira, parte dos recursos da CDE é composta por encargos setoriais e uma parte podendo resultar de emissões da dívida pública. A Conta passou a ser rateada, então, entre consumidores e contribuintes. Sendo que o montante a ser arrecadado em quotas anuais da CDE calculadas pela ANEEL corresponderá à diferença entre as necessidades de recursos e a arrecadação proporcionada pelas demais fontes.

A MP 579/2012 teve como objetivo principal a redução da conta de energia para o consumidor final em cerca de 20% a partir de 2013. Para alcançar esse objetivo contava com a prorrogação das concessões de geração de energia elétrica nos termos da MP, e com a redução dos encargos.

Contudo, para a questão proposta nesse trabalho não será necessária a análise da Lei no que tange à prorrogação dos contratos, tampouco tratará dos seus efeitos sobre as tarifas. A extinção do recolhimento das quotas da CCC e do recolhimento da quota anual da Reserva Global de Reversão – RGR terá impacto sobre as tarifas.

Importa observar que não houve extinção da CCC, apenas essa Conta passou a contar com recursos oriundos da CDE. É como se a CCC passasse a ser uma subconta da CDE.

¹⁸ A Lei nº 10.438, de 2002, havia determinado a extinção do subsídio no sistema isolado em 2022.

¹⁹ Convertida na Lei 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

Por outro lado, os problemas suscitados no âmbito do arcabouço regulatório anterior, referente às condições de fornecimento do combustível pela Petrobras para o sistema elétrico isolado, permaneceram integralmente no novo contexto criado pela Lei 12.111/2009 e pela MP 579/2012.

1.3 Serviço público e subsídios

Nesse ponto é importante trazer à baila o tratamento dado pela doutrina jurídica à questão do subsídio, de resto muito diferente da abordagem da teoria econômica. O consumidor, tal como concebido pela teoria econômica, exerce a fruição individual do bem. A condição de usuário, que usufrui coletivamente do serviço de energia elétrica, coloca a questão do direito do cidadão a esse serviço, mesmo não tendo ele recursos suficientes para remunerá-lo. Subsídios cruzados são perfeitamente congruentes com o direito do cidadão, mas manifesta inegável antinomia ao conceito de consumidor, tal como o define a ortodoxia econômica.

Relações jurídicas efetivamente existentes - o usuário do serviço público de energia, um direito posto - escapam ao arcabouço conceitual da teoria econômica. O usuário individual não necessariamente precisa remunerar lucrativamente o prestador do serviço de energia elétrica, mas sim a coletividade (conjunto de consumidores).

Aqui interessa trazer à discussão a condição do usuário que usufrui coletivamente do serviço público, no caso, de energia elétrica, e o monopólio natural, que encontraria seu contraponto na ação reguladora do Estado, cujo objetivo seria a correção das falhas de mercado²⁰.

Na Doutrina Jurídica, a subvenção é tratada tanto no Direito Público quanto no Direito Civil, que se configura como

auxílio em favor de uma pessoa, ou de uma instituição, para que se mantenha, ou para que execute os serviços ou obras pertinentes a seu objeto. (...) Ao Estado, em regra, cabe o dever de subvencionar instituições que realizem serviços, ou obras de interesse público, o qual, para isso, dispõe em leis especiais as normas que devem ser atendidas para a concessão, ou obtenção, de semelhantes auxílios, geralmente anuais.²¹

²⁰ O conceito de "Falhas de Mercado" criado pela teoria econômica tenta incorporar ao modelo as realidades não explicadas pela teoria dos mercados, tais como: correção de desajustamentos, resultado dos mecanismos livres de mercado, que ocorrem sobre os níveis de emprego, de preços, da concentração do poder econômico (monopólios e oligopólios), das externalidades negativas, como poluição ambiental.

²¹ Plácido e Silva APUD ANEEL. **Nota Informativa. Incidência de ICMS sobre a Subvenção Econômica**, de que trata a Lei n° 10.438, de 26 de abril de 2002, e a Lei n° 10.604, de 17 de dezembro de 2002, com impacto para os consumidores de energia elétrica classificados como baixa renda. Brasília, Junho/2004.

A regulação econômica - vista como a ação do Estado que tem por finalidade limitar os graus de liberdade dos agentes econômicos, mas que busca assegurar a melhor alocação dos recursos, ao corrigir as falhas de mercado e controlar o poder do monopólio - é coerente com uma concepção de mercado como instituição diversa e autônoma frente às demais instituições sociais. A correção das falhas de mercado visaria, em última instância, a alocação eficiente dos recursos.

A utilização de subsídios nos serviços públicos tem sido relacionada com o financiamento da infraestrutura, como política de desenvolvimento, e em melhorias na qualidade de vida da população. Em ambos os casos, dada as características do bem público, externalidades positivas seriam alcançadas, a exemplo do aumento da produtividade.

Contudo, pela própria natureza, o subsídio por si só não teria o condão de provocar externalidades positivas no ambiente econômico, a exemplo do aumento da produtividade ou de num tempo futuro de prescindir de tal auxílio, sem que outras ações de governo possam obrigar a mudanças nas condições gerais da concorrência.

O subsídio poderia engendrar um desvio comportamental no agente, que não teria motivos para buscar aumento de eficiência no uso dos recursos, a menos que obrigado pelo poder normativo do Estado. Portanto, externalidades positivas no uso de recursos públicos devem ser alcançadas se condicionantes forem impostas pelo Estado Regulador.

Em outras palavras, as externalidades não são captadas nos sistemas de preços. Dessa forma, a interferência alocativa do Governo nesse processo para mitigar externalidades seria motivada pelo interesse público.

1.4 O Desvirtuamento da CCC

O caso da Conta de Consumo de Combustível-CCC é exemplar. Subsídio que viabiliza o consumo de energia elétrica pela população do sistema isolado, posto que funciona como subsídio cruzado²², cristaliza os interesses das empresas produtoras/distribuidoras de combustíveis fósseis, de agentes distribuidores de energia, que não tem porque ser mais eficientes, dos próprios consumidores, que conhecedores dos custos elevados de produção de energia elétrica nos sistemas isolados, são reconhecidamente perdulários

²² A estrutura tarifária varia de acordo com as condições socioeconômicas dos consumidores. Assim, tarifas mais alta para a camada de população de renda elevada possibilita reduzir a tarifa para as populações de menor poder aquisitivo. Na média é mantida a remuneração das distribuidoras.

no uso da energia subsidiada²³. Cristaliza também os interesses dos governos estaduais, posto que o ICMS é recolhido em decorrência da compra de combustíveis pelas geradoras de energia e da própria geração de energia elétrica; por isso tem elevada participação no recolhimento total dos Estados da Região Norte²⁴.

Esses interesses inviabilizam qualquer alternativa tecnológica de geração de energia elétrica, mesmo se o custo de geração for menor do que o de geração a combustíveis fósseis e são fortemente defendidos pelos beneficiários, notadamente concessionários e governos estaduais.

Após 38 anos de CCC, o benefício cumpriu o papel socioeconômico ao qual estava destinado, mas trouxe efeitos colaterais consideráveis, como será mostrado nesse trabalho, inclusive quanto ao mau uso, quantificado em ação fiscalizatória do órgão regulador, que em sua ação notificou as empresas beneficiárias para que fizesse a devolução dos montantes identificados como devidos à CCC-Isol.

²³ Em 2011, a alta no consumo de energia no Estado do Amazonas foi de 7%, na comparação com 2010, acima da média nacional, de 3,4%, segundo a Empresa de Pesquisa Energética (EPE), vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME).

²⁴ Em 2004 correspondeu a 7,8% do valor total de ICMS recolhido pelos estados da Região Norte.

2 A Regulação e Fiscalização da ANEEL

2.1 O Poder Sancionador da ANEEL

Neste capítulo toma-se como referencial teórico o trabalho desenvolvido por Fábio Medina Osório (2010) que intenta construir um arcabouço conceitual sobre o qual erige o que entende como Direito Administrativo Sancionador, parte do Direito Punitivo. Nesse sentido pretende distinguir essa disciplina do Poder de Polícia do Estado Moderno.

Para os limites desse trabalho importa destacar os princípios e postulados que conformam o Direito Administrativo Sancionador. Esses princípios são, segundo o autor, as fontes do poder sancionador, a saber: i) o princípio do devido processo legal; ii) o postulado da proporcionalidade; iii) o princípio da legalidade; e iv) o princípio da tipicidade.

Interessa fazer esse destaque posto que a ANEEL exerce na sua ação fiscalizatória com mais frequência o poder sancionador. Talvez pelas características e pela própria evolução do setor elétrico brasileiro, a repressão a condutas e comportamentos indesejados enseja a aplicação de penalidades, asseguradas ao litigante, no âmbito do processo, a ampla defesa e o contraditório.

O devido processo legal também considera o direito material e requer uma produção legislativa/regulatória que satisfaçam ao interesse público, e aos anseios do grupo social a que se destinam. Na razoabilidade das normas é que se configuram os limites imprescindíveis ao poder do Estado, de forma a evitar o abuso de poder por parte do próprio Governo (Wellington Soares da Costa, 2013).

Deve-se por em evidência também o entendimento de Medina (p. 73) sobre o raio de ação do Direito Administrativo e por decorrência direta do poder sancionador, o que nos interessa particularmente, vez que o tema dessa monografia foca numa área sombreada, na qual se confrontam as regras atinentes ao serviço público e as condutas de agente econômico situado no domínio econômico. Vejamos:

Na caracterização do raio de incidência do Direito Administrativo, os critérios mais razoáveis se mostram os seguintes: a) a presença formal, direta e ou indireta, da Administração Pública lato sensu na relação jurídica, ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário; b) presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originariamente competente para tutelar essa relação; c) previsão de regime jurídico publicista a essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos,

direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e, em decorrência desse conjunto de fatores, aplicação de normas de Direito administrativo. (p.73)

Mais adiante:

Os fenômenos inerentes ao chamado espaço público não estatal podem receber a incidência do Direito Administrativo, se forem tais entidades enquadradas num setor diferente das prerrogativas públicas, estatais, delegadas, outorgada ou transferidas. A amplitude deste conceito é pois, notável.

E ainda:

A base de toda a formação teórica do Direito Administrativo é o conceito de interesse público...” (...) “O Direito Administrativo pode servir de instrumento para tutelar relações onde estejam envolvidos diretamente interesses privados, excepcionalmente, como ocorre na intervenção do Estado no Domínio Econômico.

Tendo em conta as definições acima e outras considerações a respeito da divisão de poderes e da evolução da sociedade, assenta a tese de que os Poderes exerçam funções mais flexíveis, donde natural que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas, já que essas não integram função privativa do Poder Executivo.

Daí conclui que, funções administrativas não pertencem ao campo das sanções administrativas. Por isso, afirma que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um dos polos a figura da administração pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares, desafiando o Direito Punitivo. (p.83)

Contudo, adverte, que a competência punitiva do judiciário no âmbito do Direito Administrativo, devem ser outorgadas por lei. (p.85)

Nesse ponto, interessa saber que a ANEEL é ineficaz em reprimir agente situado no domínio econômico, mas que tem grande influência nos custos incorridos por agentes situados no âmbito do serviço público. Por esse motivo, a tese levantada por Medina tem grande interesse no contexto deste trabalho.

Em verdade, se a ANEEL não dispõe da competência para impor sanções no domínio econômico, ao CADE cabe essa função, posto que tem a finalidade de coibir abusos de poder econômico, cabendo-lhe a tutela de preservação das condições de concorrência.

Ainda assim, é de interesse a abordagem feita por Medina no que tange a incursão do judiciário na aplicação do Direito Administrativo.

Ainda a considerar o entendimento do que seja ilícito. Tendo em conta que para a função pública só se pode fazer o que a lei permite ou autoriza, para Medina a conduta ilícita²⁵ se caracteriza por se ajustar ao comando típico proibitivo e por ser nociva ao bem jurídico e aos valores especialmente tutelados pela norma repressiva. Aduz ainda que será conduta ilícita se não houver incidência de normas permissivas – quando uma norma autoriza e outra proíbe, em razão de decisões proferidas por distintas autoridades estatais. (p.258)

Assim como o devido processo legal, a tipificação da conduta não permitida e a penalidade consequente são fundamentais para garantir transparência ao poder punitivo estatal e a segurança jurídica.

Por esse motivo é relevante identificar o bem jurídico tutelado e consequentemente as condutas que podem ser caracterizadas como ilícitas em caso de violação desse bem.

Identifica-se, pois, como bem jurídico tutelado os recursos da sociedade, a que o estado dá destino diverso em vista de atender a um bem maior que é o do atendimento de necessidades fundamentais de populações mais carentes, sem os quais não teria acesso. Por ser resultado do esforço dos mais capacitados²⁶, que por intermédio da ação do estado, busca beneficiar os de menor poder aquisitivo, a ninguém é dado o direito de agir em desconformidade, com usos ineficientes, desvios ou desperdícios. Sobre condutas não condizentes deve pesar a força da sanção.

Em uma palavra, o bem jurídico tutelado é o bom uso dos recursos públicos, que de resto é definido pela lei geral das concessões – Lei 8.987/1995²⁷ - que define entre os princípios que regem o serviço adequado no âmbito do serviço público, a eficiência e a modicidade tarifária.

Destaque-se que é inerente a privatização dos serviços públicos, ou melhor, a sua delegação a particulares, a gestão eficiente e profissional dos ativos que estão sob a sua guarda, de que inclusive depende a aferição do devido lucro. E mesmo que não seja privatizado, não é permitido a empresas públicas fazerem mau uso dos recursos que lhes estão disponíveis. O setor público também está sob a égide do princípio da eficiência.

Tratamos, portanto, do disposto no art. 11 da Lei 9.648 de 27 de maio de 1998 que (com redação alterada pela lei 10.438/2002) dá competência à

²⁵ O autor tipifica as ilicitudes em: indiciada, formal e material.

²⁶ Entendido como aqueles que possuem mais recursos.

²⁷ De resto, a eficiência no uso dos recursos também é reconhecida na Lei 7.492/86 como bens jurídicos tutelados na forma da boa execução da política econômica do Governo e a credibilidade do Sistema Financeiro Nacional.

ANEEL²⁸ para criar mecanismos que induzam a eficiência econômica e energética, visando garantir o uso eficiente do mecanismo de subsídios e atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica, conforme pode ser visto a seguir:

Art. 11(...) § 3º É mantida, pelo prazo de 20 (vinte) anos, a partir da publicação desta Lei, a aplicação da sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, estabelecida pela Lei no 8.631, de 4 de março de 1993, na forma a ser regulamentada pela Aneel, a qual deverá conter mecanismos que induzam à eficiência econômica e energética, à valorização do meio ambiente e à utilização de recursos energéticos locais, visando atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica nestes sistemas, ao término do prazo estabelecido.

A despeito do poder dado à ANEEL pela lei acima referida, a plena eficácia intentada no comando não é obtida por seu objeto esbarrar em agente situado no domínio econômico, que desfruta de poder de monopólio.

Bem assim, o outro bem tutelado, que faz parte do interesse deste trabalho, é a concorrência, e que será abordado em outro capítulo.

O ilícito reprimido pela ANEEL se dá na esfera do mal uso dos recursos pelas concessionárias beneficiárias da Conta de consumo dos Combustíveis e se dá no terreno das quantidades, isto é, nos montantes de combustíveis requeridos para gerar um kWh de energia.

2.2 A Fiscalização da CCC pela ANEEL

2.2.1 Do Controle das Quantidades de Combustíveis

A ANEEL tem exercido papel crucial sobre a gestão da conta e do uso do mecanismo pelos concessionários do sistema isolado. As ações de regulação e de fiscalização da Agência tem continuamente buscado aumentar a eficiência no uso do benefício.

Assim, a Agência começou o processo de controle da CCC por meio da Resolução nº 350, de 22 de dezembro de 1999, que estabelecia os procedimentos para composição da CCC, e seu respectivo gerenciamento pelo Grupo Técnico Operacional da Região Norte - GTON, coordenado pela Eletrobras, exigindo a elaboração do Plano Anual de Combustíveis dos Sistemas Isolados - PAC.

No PAC são realizadas as previsões de geração térmica para atendimento ao mercado consumidor, que darão suporte ao planejamento das quantidades de combustíveis necessário no âmbito da CCC. A Agência faz a

²⁸ O poder sancionador da ANEEL é dado pelas Leis 9.074/1995, 9.427/2006 (lei de criação da ANEEL) e outras leis que regem o setor elétrico.

homologação do PAC, determinando as quotas de recolhimento à CCC para as concessionárias do País.

Constitui informação fundamental para a elaboração do PAC os limites para o consumo específico de combustível (quantidade de litros necessários para gerar 1 kWh de energia). Inicialmente, havia dois limites de consumos específicos: de 0,30 litros/kWh, para moto-geradores, e 0,38 litros/kWh, para unidades geradoras aeroderivadas²⁹. Limites esses definidos no âmbito do GTON e homologados pela ANEEL quando da aprovação do PAC.

O GTON usa como instrumento de planejamento o Plano de Operação dos Sistemas Isolados, que leva em consideração as previsões de geração térmica e de consumo de combustíveis por cada concessionária, para fins de composição da CCC-ISOL.

Após a aprovação dos valores do PAC pelo GTON, a Eletrobras submete à ANEEL a previsão de custos da CCC-Isol para o ano, a serem rateados entre os agentes contribuintes, com base na expectativa de geração dos Sistemas Isolados, nos benefícios da sub-rogação à CCC e na Tarifa de Energia Hidráulica Equivalente-TEH³⁰.

À Agência cabe analisar os montantes propostos focando os principais aspectos da Conta: i) expansão do mercado; ii) previsão hidrológica – o sistema de Manaus é hidrotérmico; iii) flutuação dos preços dos combustíveis; e iv) do consumo específico das centrais geradoras. A análise da Agência pode modificar os montantes³¹. A título de exemplo, em 2009 o montante inicial previsto pelo GTON foi de R\$ 4.325.876.892,73. Entretanto, a ANEEL homologou R\$ 2.470.977.298,92.³²

A gestão da Conta é realizada mensalmente, pelo GTON, por meio Programa Mensal de Operação — PMO, que, com o auxílio das concessionárias dos sistemas isolados, programa a geração térmica e as quantidades de óleo mensais. Esses dados servem de base para o cálculo das quotas mensais de recolhimento da CCC e o reembolso das despesas de combustível.

²⁹ Posteriormente, tais limites foram definidos por meio da Resolução Normativa nº 350, de 21 de janeiro de 2009, que estabeleceu limites de consumo específico de combustíveis para faixas de potência das usinas termelétricas beneficiárias da CCC. Sendo que esses limites sofreriam modificações em 1º de janeiro de 2012 e em 1º de janeiro de 2014, conforme estabelecidos nos Anexos dessa resolução.

³⁰ O valor correspondente à Energia Hidráulica Equivalente é abatido da Conta.

³¹ Nota Técnica nº 011/2009-SRG-SRE/ANEEL, de 6 de março de 2009. Plano de Operação e Plano Anual de Combustíveis dos Sistemas Isolados – 2009 e Nota Técnica nº 009/2008-SRG/ANEEL, de 15 de fevereiro de 2008. Plano de Operação e Plano Anual de Combustíveis – CCC dos Sistemas Isolados – 2008.

³² Nota Técnica nº 011/2009-SRG-SRE/ANEEL.

Portanto, a previsão anual é realizada a partir do PAC, mas o dispêndio mensal é efetivado a partir do PMO. No PMO, a ANEEL também podia interferir de modo a ajustar os dispêndios mensais da CCC.

A Agência intensificou, a partir de 2004, sua atuação fiscalizatória no sistema isolado, com uma série de ações coordenadas de fiscalização, tendo como foco a gestão da Conta. Dessa forma, o primeiro resultado aferido pela fiscalização foi identificar má gestão da Conta pela Eletrobras, resultando numa penalidade de grande monta a essa empresa. Essa questão está hoje judicializada.

Cumprindo sua competência legal, a ANEEL iniciou uma fiscalização em 2004 sobre as empresas beneficiárias da CCC e sobre a sua gestora, cujo escopo era conhecer a eficiência do parque gerador, por meio do consumo específico de combustível das usinas, e a qualidade da gestão dos estoques de combustível das empresas. A metodologia empregada buscava identificar a existência de consumo específico de combustível acima do limite estabelecido pelo GTON/Eletrobras e homologado pela ANEEL, e eventuais diferenças existentes nos estoques das empresas.

Como resultado, a Agência notificou todas as empresas, nas quais foram identificadas irregularidades relativas a consumo específico acima do limite estabelecido e à gestão dos estoques com prejuízos para a CCC³³.

Essas ações tiveram como alvo o volume de óleo envolvido nos períodos janeiro de 1999 a dezembro de 2005, e janeiro de 2006 a abril de 2011, seja por meio da investigação do estoque medido remanescente, no fim do período, em face do estoque final contábil, seja por meio da investigação do consumo específico das usinas. Essas ações resultaram em notificações para a devolução das quantidades identificadas de óleo devidas à CCC no período, consumidas irregularmente, ou, resultaram em ações de penalidade administrativas sobre aquelas concessionárias que não realizaram a devolução do óleo devido.

Nesse processo de fiscalização, a ANEEL identificou fragilidades na gestão da Conta e iniciou auditoria realizada em 2006, realizada com o apoio da consultoria KPMG, que teve como objetivo principal avaliar a estrutura de controles internos relacionados ao Macro Processo da Conta de Consumo de

³³ As atividades dessa fiscalização foram descritas na Nota Técnica nº 32/2009–SFG/ANEEL, de 30 de junho de 2009, que consolidou a instrução processual das 16 empresas notificadas por pendências quanto à equalização dos estoques físicos de combustíveis para o período 1999 a 2005 e na Nota Técnica nº 13/2011, 31 de janeiro de 2011, que consolidou as ações desenvolvidas pela Fiscalização no sentido de se devolver à CCC-ISOL o combustível apurado por consumo específico acima do limite e por má gestão dos estoques.

Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC/ISOL. A Agência determinou que nova sistemática de gestão e controle fosse implantada pela Eletrobras. Assim, a qualidade dos dados consolidados em novas planilhas³⁴ pelo GTON/Eletrobras, trouxe significativas melhorias nos controles internos da gestão da CCC³⁵.

Essa nova sistemática de registros dos fluxos e estoques de combustíveis do sistema isolado, conjuntamente com as reuniões mensais do Planejamento Mensal de Operação-PMO teve como objetivo o aumento da eficácia na gestão da conta.

De fato, no período 2006/2011, diferentemente do período anterior, 1999/2005, foi identificado que, salvo exceções, a CCC cobriu o consumo eficiente de combustível das usinas e as empresas cobriram o consumo ineficiente com recursos próprios.

Isso pode ser demonstrado pelos montantes identificados como perda por ineficiência ou por extravio no período de janeiro de 1999 a dezembro de 2005, que tornou a CCC credora dos montantes 187.630.741,00 litros de óleo diesel e PTE e de 152.520,00 kg de OC1A³⁶. Para o período janeiro de 2006 a abril de 2011³⁷, o montante de óleo leve devido à CCC foi reduzido para 63.872.959,25 litros.³⁸

De qualquer forma, os montantes devidos à CCC chegaram a 450 milhões de reais³⁹, somados os montantes devidos nos dois períodos fiscalizados - janeiro de 1999 a abril de 2011. Esse é o valor que deve ser cobrado pela ANEEL às concessionárias do sistema isolado, salvo se houver alguma alteração decorrente de algum recurso apresentado posteriormente à fiscalização.

³⁴ Essas planilhas denominadas Acompanhamento de Estoque de Combustíveis-AEC, tinham a função de melhorar o controle da Eletrobras sobre a compra e os estoques dos combustíveis fósseis, sob a responsabilidade das distribuidoras de energia elétrica da Amazônia.

³⁵ ANEEL. Nota Técnica nº 14/2012–SFG/ANEEL. Fiscalização da Conta de Consumo de Combustíveis-CCC/ISOL: equalização de estoques e consumo específico para o período 2006-2011.

³⁶ ANEEL. Nota Técnica nº 14/2012–SFG/ANEEL.

³⁷ A investigação da ANEEL estabeleceu como limite temporal para seu encerramento a data de 30 de abril de 2011 em função de implantação pela Eletrobras de mudanças de gestão a partir de 01 de maio de 2011, face às novas regras estabelecidas pela Lei nº 12.111, de 09 de dezembro de 2009, pelo Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010, e pela Resolução Normativa ANEEL nº 427, de 22 de fevereiro de 2011, que criou novos procedimentos para planejamento, formação, processamento e gerenciamento da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC. Nota Técnica nº 14/2012 – SFG/ANEEL.

³⁸ ANEEL. Nota Técnica nº 14/2012 – SFG/ANEEL.

³⁹ ANEEL. Nota Técnica nº 32/2009–SFG/ANEEL, de 30 de junho de 2009 e Nota Técnica nº14/2012-SFG/ANEEL, de 04 de julho de 2012.

No âmbito do seu papel regulador, a ANEEL emitiu, a partir de 2005, três resoluções fundamentais. A Resolução Normativa Nº 163, de 1º de agosto de 2005, estabeleceu as condições para a implantação de sistema de monitoramento remoto de grandezas elétricas e de consumo de combustível de usina termelétrica localizada em sistema elétrico isolado, beneficiada pela sistemática de rateio da CCC. A Resolução Normativa Nº 347, de 6 de janeiro de 2009, revogou a Resolução ANEEL nº 350, de 22 de dezembro de 1999, e estabeleceu novos procedimentos para planejamento, formação, processamento e gerenciamento da CCC, bem como a atribuição de responsabilidades de cada agente⁴⁰.

A Resolução em tela iniciou o processo de controle dos preços dos combustíveis destinados ao atendimento da carga do sistema isolado, ao determinar à Eletrobras que reembolsasse às Concessionárias e aos PIEs somente os recursos efetivamente despendidos com a compra de combustíveis, abatidos da TEH. Se o preço de aquisição do combustível fosse superior aos valores atualizados do preço de referência do combustível, a Concessionária ou o Autorizado deveria apresentar justificativa à ANEEL em até 15 dias após o reembolso. Sendo que reembolsos subsequentes seriam limitados aos preços de referência do combustível atualizados até que a justificativa fosse acatada pela Agência.⁴¹ Esse assunto será tratado na próxima seção.

Essa Resolução deu origem a uma grande disputa, que culminou na sua judicialização, entre a Eletrobras, as concessionárias e a Petrobras, de um lado, a ANEEL de outro.

A Resolução Normativa nº 350, de 21 de janeiro de 2009, estabeleceu limites de consumo específico de combustíveis para as usinas termelétricas beneficiárias da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC nos Sistemas Isolados. Essa Resolução resolve definitivamente a questão da discordância quanto à existência de normativos que atribuisse à ANEEL competência para estabelecer mecanismos de eficiência no uso dos recursos da Conta pelas concessionárias. Quase todas as penalidades aplicadas pela Agência às concessionárias por mau uso da CCC, até a publicação dessa Resolução foram judicializadas.

A Resolução Normativa ANEEL nº 163/2005⁴² estabeleceu as condições para implantação de sistema de monitoramento remoto de grandezas elétricas

⁴⁰ A Nota Técnica nº 060/2008-SRG/SFF/SFG/ANEEL deu suporte à Resolução Nº 347/2009.

⁴¹ Art. 13 da Resolução Nº 347/2009.

⁴² Substituída pela Resolução nº 427/2011.

e de consumo de combustível de usinas termelétricas localizadas em sistemas elétricos isolados, beneficiadas pela sistemática de rateio da CCC-ISOL. Essa norma determinou aos agentes a obrigação de implantar o Sistema de Coleta de Dados Operacionais – SCD, sistema esse constituído de equipamentos de medição digital da energia elétrica gerada na usina e da quantidade de combustível consumida. Dessa forma, o SCD permitiria maior controle sobre a geração de energia e consumo de combustíveis nas usinas térmicas atendidas pela CCC-ISOL.

Contudo, é importante ressaltar, que mesmo com a intensa pressão regulatória e fiscalizatória da ANEEL, a resistência das concessionárias do sistema isolado em obedecer aos ditames da agência foi notória. A implantação do SCD, de fato, teve pouca efetividade, apesar das multas aplicadas pela Agência. Observe-se que a medição de energia nessas empresas era realizada pelo operador, anotada à mão em planilha. Isso pode dar margem a todo tipo de fraudes, tais como, i) anotar uma geração superior à efetivamente realizada; ii) desligar máquinas (provocar apagão) com registro de energia gerada; iii) fraudar o consumo específico, reduzindo artificialmente a eficiência da máquina para evitar a glosa, porém dentro dos limites estabelecidos.

Entretanto, as ações de regulação e fiscalização da ANEEL geraram resultados efetivos sobre a redução dos gastos com a CCC. Um exemplo disso foi a expressiva redução conseguida de 2006 para 2007: de R\$ 4,5 bilhões para R\$ 2,9 bilhões. Ver Tabela 1.

Tabela 1 – Evolução dos Encargos do Setor Elétrico Brasileiro - 2004-2012

Encargos Setoriais	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão
Reserva Global de Reversão - RGR	1.177,20	1.181,80	1.282,30	1.317,0	1.425,40	1.629,6	1.594,10	1.724,90		8.385,70
Conta de Consumo de Combustíveis - CCC	3.322,60	3.419,30	4.525,70	2.870,60	3.523,30	3.021,00	5.173,40	5.571,70		31.427,60
Taxa de Fiscalização - TFSEE	220,2	270,8	307,1	327,4	358,7	375,3	385,7	464,7	195,9	2.905,80
PROINFA	-	-	385,2	634,5	895,7	1.573	1.816	1.794,30	2.252,70	8.716,90
Conta de Desenvolvimento Energético - CDE	1.455,40	2.044,10	2.283,40	2.469,70	2.483,70	2.841,80	2.960,60	3.313,80	3.722,60	23.575,10
Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos	779,6	1.003,70	1.100,00	1.244,30	1.259,20	1.338,5	1.514,90	1.635,80		9.876,00
Encargos de Serviços do Sistema - ESS	138,7	266,3	311,8	161,6	2.399,80	527,7	1.731,50	1.416,60		6.954,00
Encargos de Energia de Reserva - EER	-	-	-	-	-	31,7	311,9	321		664,60
Operador Nacional do Sistema - ONS	8,9	9,6	10,2	10,7						39,40
Total	7.102,60	8.195,60	10.205,70	7.084,30	12.345,80	9.709,00	15.488,10	16.242,80	6.171,20	92.545,10

Em fevereiro de 2011, a ANEEL regulamentou o novo marco regulatório dos sistemas isolados por meio da Resolução 427/2011. Como já visto, a CCC passou a cobrir a diferença de custo efetivo de geração térmica no sistema isolado e o custo da energia elétrica comercializada no Ambiente de Contratação Regulada - ACR do Sistema Interligado Nacional – SIN. Assim, os custos de geração incluirão não somente custos com combustíveis, mas também investimentos, custo de operação e manutenção, e impostos não recuperáveis (ICMS)⁴³.

Entre outros aspectos a Resolução 427/2011 regulamentou novamente a medição eletrônica de energia elétrica e de consumo de combustíveis. Desta feita, a Agência estabeleceu prazo de implantação e operação do SCD - um ano após a publicação da Resolução – e a possibilidade de não reembolso pela CCC, caso o agente não apresentasse dados de medição ou que esses dados não fossem consistentes⁴⁴.

A CCC foi fortemente impactada pelo novo marco regulatório. A Tabela 1, acima, mostra também o crescimento da CCC para os anos de 2010 e 2011. Os efeitos da Lei 12.111/2009 passaram a ser imediatos a partir da sua promulgação. Dessa maneira, a ANEEL teve que recalcular os montantes devidos às concessionárias para 2009, 2010 e 2011. Lembre-se que a partir de 2009 a CCC passou a cobrir a diferença de custo efetivo de geração do sistema isolado em relação ao sistema interligado, ao invés de cobrir somente os custos com combustível fóssil.

O novo marco regulatório do sistema isolado é de 2009, porém a sua regulamentação só ocorreu com a Resolução 427/2011. Por isso, a ANEEL teve que calcular a diferença entre a CCC paga no período, conforme as regras

⁴³ Note-se que a inclusão desse item deveu-se à pressão de governadores de Estados, mais interessados nas perdas de arrecadação de curto prazo, do que na criação de condições de infraestrutura para atendimento das demandas de crescimento econômico.

⁴⁴ § 2 do art. 20.

anteriores (cobertura dos custos com combustíveis, menos a TEH), e os montantes devidos, de acordo com as novas regras (cobertura do custo de geração, que inclui combustível, investimentos, operação e manutenção e impostos não recuperáveis, menos o custo de geração do ACR do SIN).

Em que pesem as efetivas ações da ANEEL, a CCC-ISOL é um subsídio que não gerou externalidades positivas, pelo menos que no que se refere a alguns conceitos fundamentais do serviço adequado. Esse subsídio, como já dito anteriormente, firma interesses que contraditam com os objetivos buscados pelo setor elétrico, tais como, eficiência, atualidade (modernidade das técnicas de geração e distribuição de energia elétrica) e modicidade das tarifas.

Após quase quatro décadas de uso do mecanismo da CCC, a busca da sustentabilidade e da eficiência na sua aplicação tem esbarrado na resistência dos agentes beneficiários (distribuidoras) e fornecedores do combustível. No entanto, o subsídio sustenta o sistema isolado, posto que, caso não existisse, os consumidores desse sistema não poderiam suportar os custos de geração baseado no uso dos combustíveis fósseis.

Convém ainda destacar o elevado índice de perdas das concessionárias dos Sistemas Isolados, mais um fator que expõe a ineficiência do modelo do sistema isolado e o mecanismo da CCC, mormente após o novo marco regulatório implantado pela Lei 12.111/09, pois a Conta arca com a totalidade da carga, incluídas todas as perdas técnicas e comerciais. O Gráfico 1 mostra a diferença entre a carga total verificada no sistema Manaus e a respectiva energia faturada, representando valores da ordem de 40% de perdas totais, mais de três vezes superior à média do sistema interligado (cerca de 12%).⁴⁵

⁴⁵ Nota Técnica nº 011/2009-SRG-SRE/ANEEL.

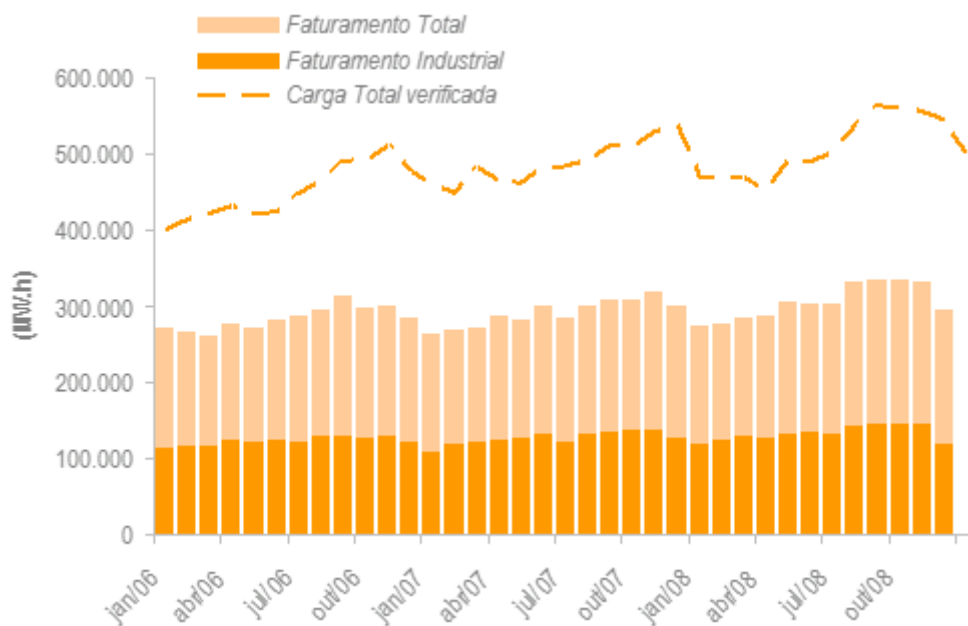


Gráfico 1 - Carga verificada no sistema Manaus e a energia faturada

2.2.2 Do Controle dos Preços dos Combustíveis

A ANEEL também realizou fiscalização sobre os preços praticados pela BR Distribuidora, fornecedora da quase totalidade dos combustíveis cobertos pela CCC. Diferenças significativas entre os preços praticados e os preços médios de mercado da região Norte foram detectadas. A maior parte do combustível reembolsado pela CCC-ISOL é destinado às subsidiárias da própria Eletrobras, as concessionárias federalizadas da Região Norte.

A Eletrobras, como gestora da Conta, foi notificada em 2006 e posteriormente sofreu ação administrativa punitiva cuja fundamentação está resumida a seguir: “prática de conduta uniforme ou concertada que vise prejudicar o desenvolvimento normal das operações do mercado de energia elétrica”. A multa à Eletrobras ultrapassou 11 milhões de reais.

A agência fundamentou a decisão no fato da Eletrobras ter aceitado preços do combustível significativamente acima das médias do mercado, caracterizando o descumprimento do dever da gestora da CCC-Isol de melhorar as condições de suprimento e reduzir o custo de geração nos sistemas elétricos isolados, sendo esse procedimento comercial incompatível com empresas de serviço público, bem como com a gestão de recursos públicos.

Aliás, deve-se observar que a ação da ANEEL para coibir abusos praticados no setor de combustíveis fósseis repousa na Lei nº 9.427/2006⁴⁶, que em seu art. 3º diz que compete à Agência:

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

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

Lembremos ainda que a ANEEL por meio da Resolução Nº 347/2009, iniciou o processo de controle dos preços dos combustíveis destinados ao atendimento da carga do sistema isolado. Assim a Agência determinava que a Eletrobrás reembolsasse aos produtores independentes de energia e aos concessionários de serviço público de geração de energia, somente os recursos efetivamente despendidos com a compra de combustíveis, limitados ao preço de referência do combustível (preços médios publicados pela ANP). Eventuais diferenças apresentadas pelos agentes de geração poderiam ser acatadas após aprovação da ANEEL.

Ilustra-se o problema com um cenário de preços dos combustíveis praticados à CCC, que apresenta grande descolamento a maior, embora acompanhe a variação dos mercados da Região Norte e o nacional. O Gráfico 2 mostra a evolução dos preços do óleo combustível tipo A1, com os valores cobrados à CCC em Manaus (sem ICMS), e os valores médios do Brasil e da Região Norte publicados pela ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (sem ICMS e sem margem de distribuição)⁴⁷.

O Gráfico mostra um cenário de preços de combustíveis da CCC demasiadamente superiores aos valores de mercado. Isso mostra que não há eficiência econômica na compra dos mesmos, e que tampouco há qualquer possibilidade da produção de energia elétrica na região ser sustentável sem a subvenção da CCC⁴⁸.

⁴⁶ Lei que instituiu a Agência.

⁴⁷ ANEEL. Nota Técnica nº 035/2009-SRG/ANEEL, de 05 de junho de 2009. Defesa para o pedido de liminar impetrado pela GERA – Geradora de Energia do Amazonas S/A, em contestação à Resolução Normativa nº 347/2009.

⁴⁸ ANEEL. Nota Técnica nº 035/2009-SRG/ANEEL.

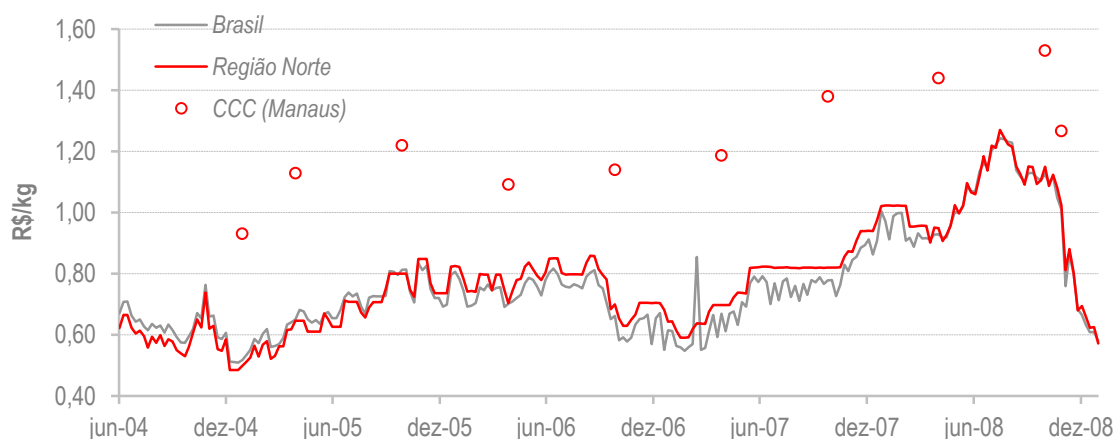


Gráfico 2 - Evolução do preço do óleo combustível tipo A1

A ANP, enquanto Agência reguladora e fiscalizadora do setor petróleo, gás e derivados, apurou a prática de preços abusivos da Petrobras no sistema isolado⁴⁹. Diga-se que esse trabalho de investigação ocorreu em função de demanda da ANEEL, face ao crescente aumento do valor da CCC-Isol.

Nesse trabalho, a ANP descartou a hipótese de que o valor dos fretes aquaviários na Região Norte justificasse esse fato, uma vez que representam menos de 5% do valor da mercadoria transportada, e classificou como injustificáveis os preços praticados pela Petrobras junto à CCC.

Também constatou que devido ao volume transportado pela BR, esta poderia estar pagando valores ainda menores de frete, como fazem as outras grandes distribuidoras de combustíveis que operam na Região Norte.

A ANP constatou, para 2004 e 2005, que os valores pagos pela Manaus Energia⁵⁰ para compra de óleo combustível sempre foram superiores aos dos levantamentos semanais da ANP para comercialização de óleo combustível na capital amazonense, como pode ser visto no Gráfico abaixo⁵¹. Sendo que em 2005 superou em 40%. Afirma ainda que não há qualquer correlação entre os custos de produção de óleo combustível informado pela própria Petrobras, que diminuíram ao longo de 2004 e princípio de 2005, enquanto os valores desembolsados pela Manaus Energia só aumentaram no mesmo período.

⁴⁹ ANP. Nota Técnica nº 016/2006-SCM, de 8 de junho de 2006. Conta Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados de Geração de Energia Elétrica - Levantamento dos Valores dos Combustíveis e Fretes Pagos pelas Empresas Geradoras de Energia Elétrica dos Sistemas Isolados.

⁵⁰ Atual Amazonas Energia. Distribuidora pertencente à Eletrobras.

⁵¹ ANP. Nota Técnica nº 016/2006-SCM.

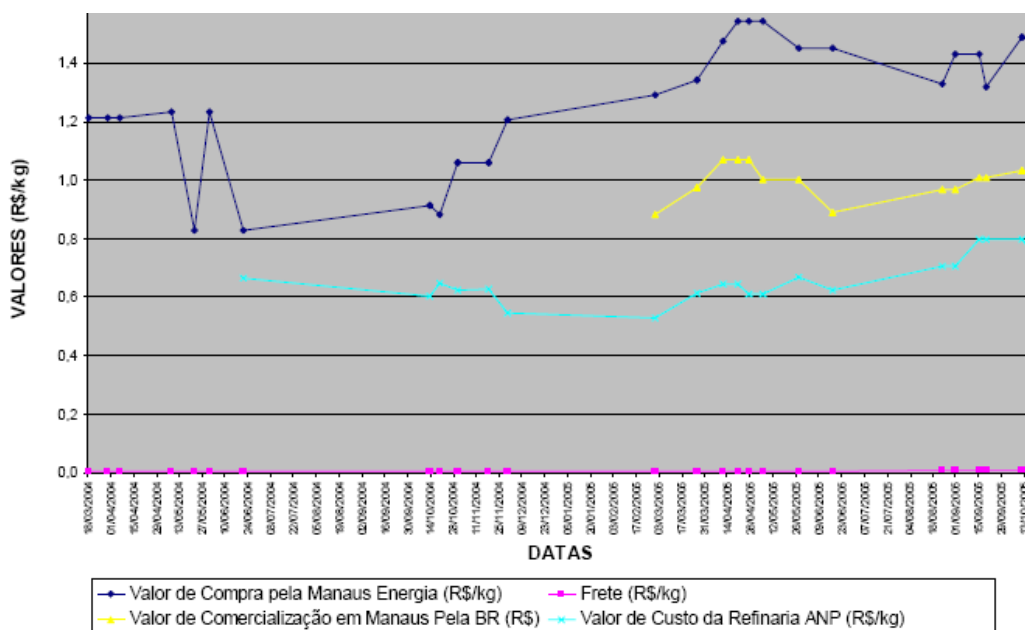


Gráfico 3 - Valores de Compra de Óleo Combustível

Conclui a mencionada Nota Técnica da ANP que se as geradoras termelétricas adotassem a política de comprar combustíveis por licitação, ao invés de realizar as compras diretamente da BR, provavelmente conseguiriam pagar preços menores que os atuais.

A ANEEL, não tendo o poder de fiscalizar a ação da Petrobras Distribuidora, tentou coibir os abusos por meio de definição de limites do valor de compra dos combustíveis, tomando como base relatório de preços da ANP⁵². Para isso editou a Resolução Normativa nº 347/2009, que determinava que na elaboração do PAC-ISOL e suas revisões, a Eletrobras deveria considerar os preços de referência dos combustíveis⁵³, publicados por essa Agência.

Deve-se ressaltar que a intentada coibição apenas pretendia equiparar os valores cobrados à CCC aos de mercado, exigindo tratamento isonômico entre os consumidores do setor elétrico e os demais consumidores de combustíveis⁵⁴.

Importante ainda observar que a Petrobras fornece dois tipos de combustíveis no sistema isolado, sendo dois líquidos, diesel e PTE, e dois

⁵² Relatório dos Preços Médios Ponderados Semanais Praticados pelos Produtores

⁵³ Art. 6º, III - os preços de referência dos combustíveis que consistem nos preços de faturamento sem ICMS publicados pela ANP, em seu sítio na internet, por meio do na região de consumo do combustível, referentes à última semana do mês de setembro do ano anterior ao de vigência do PAC-ISOL, acrescidos da margem de distribuição e expurgados os tributos legalmente recuperáveis.

⁵⁴ ANEEL. Nota Técnica nº 035/2009-SRG/ANEEL.

medidos em massa, PGE e óleo combustível (OC1A). Para cada tipo de combustível há uma política de preços e de distribuição.

Embora exista de fato um poder de monopólio atuando na Região Norte, em determinadas áreas da Região existe mais de um fornecedor, como deixou claro o Despacho nº 394/2009, da ANP, que mostra um total de dez distribuidoras de combustíveis atuantes em Manaus⁵⁵.

A ANEEL, na Nota Técnica nº 035/2009, destacou que o valor cobrado pelo combustível OC1A a uma empresa situada no Estado do Pará, a Jari Celulose, beneficiária da CCC, pela distribuidora de combustíveis Texaco, é razoável e compatível aos valores de mercado, diferentemente do que ocorre em Manaus, atendida pela BR Distribuidora, como pode ser visto a seguir:

Tabela 2 - Comparação de preços de combustíveis na Região Norte

Regulador/Vendedor	R\$	Unidade	Comprador
ANP (média jan/2009)	587,85	tonelada	
Texaco (jan/2009)	612,54	tonelada	Jari Celulose
BR Distribuidora (jan/2009)	1.171,70	tonelada	Gera

Não resta dúvida, portanto, que parte substancial do aumento do Custo da Conta decorre da elevação dos preços do óleo combustível e óleo diesel. Para 2009, a ANEEL verificou que a diferença entre os preços cobrados à CCC e outros consumidores de combustíveis equivale a R\$ 1,3 bilhão, cerca de 30% do orçamento da CCC do ano⁵⁶.

Importante ainda advertir que a ANEEL rejeitou a proposta de compra de combustíveis por licitação, ao invés de realizar as compras diretamente da BR, em função da posição monopolista exercida pela Petrobras. Nesse caso, a licitação poderia convalidar a posição dominante da Petrobras. Portanto, até então, a agência insistiu no controle dos valores pagos de combustível pelas distribuidoras do Norte por meio de limites de preço, tomando como base relatório de preços da ANP.

Nesse ponto é importante citar um documento da ANEEL que, instada pelo MME, por solicitação da Petrobras, inconformada com a Resolução 347/2009, esclareceu pontos relevantes dessa Resolução no que se referia ao PAC 2009⁵⁷. Desse documento importa destacar dois pontos referentes à política de preços da Petrobras: i) a utilização de produtos especiais, que se

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ofício nº 064/2009-SRG/ANEEL, de 27/03/2009, que responde ao Ofício nº 372/2009/GM-MME.

entende como produtos, com características específicas, produzidos pela empresa; e ii) a margem de distribuição:

i) ...recorda-se que a opção pela utilização de produtos especiais teve origem na redução dos custos de manutenção das unidades geradoras. Reconhece-se que há diferenciação entre os custos dos combustíveis especiais (OCTE e PGE) e os comerciais (óleo diesel e OC1A). Entretanto, tal diferença não pode ser maior que o benefício causado pela redução dos custos de manutenção. Portanto esta Agência considerará a mesma base de preços para fins de aplicação da Resolução Normativa nº 347/2009, até que se comprove a necessidade da prática de preços superiores (em set/08, o óleo PGE custou 21,5% acima do OC1A). Tal entendimento ajuíza que os preços dos combustíveis especiais não devem carregar valores extras devido à exclusividade do produto (ausência de referencial no mercado) e do produtor (ausência de concorrência). Daí a necessidade da demonstração dos custos de produção e comercialização dos produtos.”

ii) a margem de distribuição do óleo diesel, pode ser obtida dos dados disponibilizados pela ANP na internet, o que não acontece com o óleo combustível, onde somente é disponibilizado o preço do produtor. Portanto, a Resolução Normativa ANEEL nº 347/2009 não fixa a margem de distribuição dos preços dos combustíveis, apenas a destaca para fins de apuração dos valores divulgados pela ANP. O percentual de 35% (óleo combustível) citado pela Petrobras Distribuidora trata-se de estimativa para fins de orçamento e recolhimento das quotas de rateio da CCC para 2009. Para o limite de reembolso propriamente dito, a Eletrobrás foi instruída a utilizar, para o óleo combustível, o valor de 11,63%, valor apurado para o óleo diesel no site da ANP, uma vez que a Petrobrás Distribuidora utiliza-se do direito de não declarar a margem de distribuição praticada, a qual se calcula em 100,97%. Destaca-se que a margem de distribuição praticada pela distribuidora Texaco ao gerador Jarí Celulose equivale a aproximadamente 5,07%, para o óleo combustível (ref. jan/2009). Lembra-se ainda que a refinaria Reman, localizada em Manaus, produz GLP, nafta petroquímica, gasolina, querosene de aviação, óleo diesel, óleos combustíveis, OCTE, PGE e asfalto, ou seja, todos os combustíveis vendidos aos produtores de energia elétrica.

Em maio de 2009, a Amazonas Energia protocolou pedido na ANEEL para suspensão dos efeitos da Resolução Normativa 347/2009. Solicitação prontamente negada.⁵⁸

Ainda em 2009, a Petrobras Distribuidora comprometeu-se, em reunião com a ANEEL em prestar informações para justificar os preços dos combustíveis praticados aos beneficiários da CCC. Nessa reunião, foi

⁵⁸ Ofício nº 166/2009-SRG/ANEEL, de 18 de junho de 2009.

identificado que desvios da programação de despacho das usinas, o atraso no pagamento das parcelas de ICMS e equivalente hidráulico, o acúmulo da inadimplência e a utilização de infraestrutura de tancagem⁵⁹ da distribuidora de combustíveis estariam impactando nos preços dos combustíveis nos sistemas isolado⁶⁰. Porém, não foi quantificada qual a contribuição que cada uma dessas parcelas influenciava nos preços.

Convém ressaltar, para os objetivos desse trabalho, que a utilização da infraestrutura de tancagem pertencente à Petrobras era um dos motivos alegados dos preços mais elevados cobrados por essa empresa às concessionárias de energia elétrica. A agência orientava a Amazonas Energia a buscar medidas mitigadoras para a redução desses preços, dentre as quais: i) aumento da capacidade de armazenamento das usinas, para reduzir o custo do transporte e o risco da interrupção no fornecimento de combustíveis; ii) utilização de infraestrutura própria de tancagem de combustíveis.⁶¹

Em 2012, já vigente a nova sistemática de gestão da Conta pela Eletrobras, a Amazonas Energia impetrou Mandado de Segurança⁶², com pedido liminar, contra a ANEEL, para que se manifestasse quanto aos requerimentos apresentados e suspender qualquer limitação ao reembolso pleno e integral dos custos de geração de energia e em especial aquele de aquisição de combustível. Alegava que a Agência ao expedir a Resolução 427/2011 havia extrapolado sua competência.

A ANEEL por meio da Resolução 427/2011 não realizou inovação ao ordenamento jurídico dos critérios da CCC, conforme alegado, apenas materializou princípios emanados da Lei nº 12.111/2009 e o do Decreto nº 7.246/2009, conforme § 3º e § 9º do Art. 11 desse último:

§ 3º Caso o preço de aquisição do combustível seja superior ao respectivo preço de referência, a ANEEL poderá validar sua utilização na composição do custo total de geração, desde que o agente gerador ou distribuidor beneficiário justifique o valor superior ao de mercado, obrigatoriamente discriminando as parcelas relativas ao preço do produto, margem de distribuição e transporte.

§ 9º Para incentivar a eficiência econômica e energética, a ANEEL poderá estabelecer limites para o reembolso dos custos de que trata o § 2º, incisos II e V, e § 3º, caso a

⁵⁹ Conjunto de tanques para estoque de combustíveis.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem.

⁶² Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Mandado 148/2012. 20ª Vara Federal da Seção da Seção Judiciária do Distrito Federal.

contratação seja direta, por meio de metas que assegurem a sustentabilidade econômica dos agentes.

Durante a vigência do Acordo BR⁶³, houve judicialização dos valores a serem pagos pela Eletrobras, em função da não aceitação pela ANEEL dos preços cobrados pela Petrobras, embasada na Resolução 437/2009. A Agência exigia que as distribuidoras justificassem os valores a serem pagos, como isso não ocorria autorizava o pagamento pelos preços publicados pela ANP.

⁶³ A partir da vigência da nova sistemática da gestão da Conta pela Eletrobras, partir de 1º de maio de 2011, uma nova sistemática de compras e reembolso de combustível foi instituída: deixou de vigorar o acordo BR – que deixava à Eletrobras o acerto de contas com a Petrobras. A partir dessa data as compras passaram a ser feitas diretamente pelas empresas junto à BR/Petrobras.

3 Poder normativo da ANEEL *versus* fornecedor em posição dominante no Domínio Econômico

A ANEEL, valendo-se do seu poder normativo, e tendo como objetivo atender ao princípio do serviço adequado, nas suas partes constitutivas, eficiência e modicidade tarifária, buscou atuar sobre as duas variáveis que interferem diretamente no montante de subsídio necessário para a cobertura dos custos do sistema isolado, componente das tarifas das concessionárias: de um lado, a eficiência das usinas, diretamente relacionada às quantidades de combustíveis utilizadas, de outro, o preço dos combustíveis.

No primeiro caso, procurou estabelecer mecanismos que induzisse a eficiência econômica e energética na sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis⁶⁴, por meio das Resoluções nº 350/1999, nº 163/2005 e nº 350/2009, que estabeleceram os limites de consumo específico de combustíveis para as usinas termelétricas beneficiárias da CCC nos Sistemas Isolados e a obrigação de implantação de sistema de monitoramento remoto de grandezas elétricas e de consumo de combustível nessas usinas. Essas medidas, tomadas no âmbito do serviço público, pouco interessa aos propósitos desse trabalho, a não ser pela efetividade das ações tomadas pela Agência, já acima analisadas.

No segundo caso, a questão dos preços dos combustíveis, formados no âmbito do domínio econômico, adquiridos pelas concessionárias da praticamente única fornecedora na Região Norte, foi enfrentada a partir da Resolução nº 347, de 6 de janeiro de 2009, que estabeleceu os procedimentos para planejamento, formação, processamento e gerenciamento da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC. O inciso III dessa Resolução determinou que a Eletrobras, gerenciadora da CCC, considerasse os preços de referência dos combustíveis publicados pela ANP, em seu sítio na internet⁶⁵, acrescidos da margem de distribuição e expurgados os tributos legalmente recuperáveis⁶⁶.

⁶⁴ Art. 18 da Lei 10.438, dá nova redação ao disposto no art.11 § 3º da Lei 9.648/1998.

⁶⁵ Por meio do Relatório dos Preços Médios Ponderados Semanais Praticados pelos Produtores na região de consumo do combustível, referentes à última semana do mês de setembro do ano anterior ao de vigência do PAC-ISOL.

⁶⁶ Vale lembrar alguns fatos que antecederam a edição desse normativo. A ANEEL já havia multado a Eletrobras em 11,6 milhões em 2006, por má gestão da CCC. A Agência fundamentou a decisão no fato de a Eletrobras ter aceitado preços do combustível significativamente acima das médias do mercado, caracterizando o descumprimento do dever da gestora da CCC de melhorar as condições de suprimento e reduzir o custo de geração nos sistemas elétricos isolados, sendo esse procedimento comercial incompatível com empresas de serviço público, bem como com a gestão de recursos públicos. A Eletrobras recorreu alegando não ser a empresa passível de fiscalização pela ANEEL uma vez que não é propriamente uma distribuidora/transmissora de energia elétrica, para tanto invocou o Art. 2º da lei 9.427/1996, segundo o qual a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. .

Não é demais lembrar que o art. 11 da Lei nº 9.648/1998 não deixa dúvidas quanto à competência de a Agência regulamentar a aplicação da CCC; e de homologar as quotas anuais de rateio da CCC, conforme os arts. 22 a 25 do Decreto nº 774/1993.

A ANEEL encaminhou denúncia à extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) contra a Petrobras e sua subsidiária BR Distribuidora, em relação aos preços dos combustíveis fornecidos para o sistema elétrico isolado. Fundamentou a denúncia nos seguintes pontos: i) alta acumulada de 65,7% nos preços do óleo combustível durante um ano, muito acima dos preços praticados pelo setor privado, por exemplo, a Texaco elevou em 24,5% os preços do produto, no mesmo período apurado, para a Jarí Celulose. A variação excessiva poderia indicar abuso de poder econômico; ii) variação média dos preços na região Norte foi de 37,9%, segundo informações da ANP. Assim, a alta de 65,7% da BR seria bem maior do que a média no mercado; iii) variação média nos países da OCDE foi de 15,4%, número também bem inferior à média cobrada no Norte do país, de 65,7%; iv) variação média dos preços da BR Distribuidora em dezembro de 2005 foi 33% superior ao valor praticado pela Texaco para com a Jari Celulose e 38,8% superior à média nacional divulgada pela ANP.

Não podendo atuar diretamente sobre a política de preços da Petrobras, a ANEEL buscou atender ao princípio da modicidade tarifária, por meio de recurso, já previsto na lei de constituição da agência, que é o de articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos⁶⁷. Atendendo a esse preceito legal, a ANEEL, em 2006, demandou à ANP um estudo sobre o peso da variação dos preços de combustíveis e fretes na CCC⁶⁸.

Nesse estudo, a ANP concluiu que o preço cobrado pela BR Distribuidora, como já visto no capítulo anterior, estava em um patamar elevado, acima dos preços⁶⁹ cobrados pela própria Petrobras para outros clientes, que não a Eletrobras. Além disso, o estudo constatou também que os custos dos fretes aquaviários não tinham peso significativo, nem foram responsáveis pelos aumentos substanciais praticados pela BR.

⁶⁷ Artigo 3º, inciso VII, da Lei 9.427/1996.

⁶⁸ ANP. Nota Técnica 016/2006-SCM “Conta Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados de Geração de Energia Elétrica – Levantamento dos Valores dos Combustíveis e Fretes Pagos pelas Empresas Geradoras de Energia Elétrica dos Sistemas Isolados. Junho/2006.

⁶⁹ Existem vários tipos de combustível usados no sistema termoelétrico do Amazonas: diesel, PGE, PTE, OC1A.

A ANEEL, em meados de 2008,⁷⁰ identificou aumento substancial da CCC caso fosse aceito o aumento de preço do combustível, preço esse mais uma vez distanciado dos preços praticados no varejo da Região Norte. O impacto desses novos preços para a conta seria de mais de um bilhão de reais para o ano de 2009. Por esse motivo, a ANEEL, Resolução nº 347, determinou os limites de preços com base nos preços de referência publicados pela ANP, acima citado, sendo o reembolso da CCC limitado por eles.

É possível, aqui, identificar uma ferramenta utilizada pela ANEEL, derivada de seu poder normativo, cuja eficácia pode ser baixa em razão de que busca neutralizar ou minimizar os efeitos da ação de um monopólio que efetivamente constitui infração à ordem econômica, pois que pratica pelo menos três das condutas condenáveis previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011: i) dominar mercado relevante de bens ou serviços; ii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iii) exercer de forma abusiva posição dominante.

Essa Resolução provocou reação por parte das concessionárias e do fornecedor de combustível da Região. O fornecedor alegou custos com a infraestrutura implantada, como tanques de armazenamento de óleo, e com transportes para atender ao parque gerador da Região Norte. As concessionárias por sua vez, alegaram que seus custos de combustíveis não são determinados pela Tabela da ANP e sim pelos preços praticados pela Petrobras na Região e exigiram pela via judicial o reembolso integral da CCC.

A Resolução ANEEL 427/2011, que regulamentou a Lei 12.111/2009 e o Decreto 7.246/2010, manteve a determinação da Resolução 347/2009 de reembolsar o consumo de combustíveis pelos preços publicados no site da ANP.

A hipótese levantada pela própria ANP, registrada na Nota Técnica mencionada, de as concessionárias adotarem uma política de aquisição de combustível por meio de licitação, poderia certamente favorecer a Petrobras, fortalecendo ainda mais sua posição dominante. A licitação poderia convalidar os preços praticados pela Petrobras. Portanto, essa hipótese foi corretamente rejeitada pela ANEEL.

Nesse ponto, importa fazer a pergunta: a ANEEL realiza com eficácia o controle de preços dos combustíveis vendidos à CCC? A resposta é obviamente não. A reação das distribuidoras dos sistemas isolados, da gestora da CCC, e da fornecedora dos combustíveis, inclusive por meio judicial, demonstra claramente a dificuldade da Agência em tentar frear o poder de um monopólio, situado no Domínio Econômico.

⁷⁰ ANEEL. Nota Técnica nº 009/2008-SRG/ANEEL, de 15 de fevereiro de 2008, que analisou o PAC-ISOL para o ano de 2008 e Nota Técnica nº 060/2008-SRG/SFF/SFG que deu suporte à edição da Resolução nº 347, de 6 de janeiro de 2009.

Ademais, é importante trazer à baila outra questão que diz respeito à relação entre a Petrobras e a Eletrobras, duas empresas estatais, no fornecimento de combustíveis para as distribuidoras de energia elétrica, controladas pela última.

Havia um acordo entre a Eletrobras e a Petrobras, que vigorou até abril de 2011 – intitulado informalmente Acordo BR. Nesse acordo, a Petrobras entregava o combustível para as distribuidoras que enviavam as notas fiscais para a Eletrobras, que liberava o pagamento.

O imbróglio jurídico causado pela ação da ANEEL, associado a problemas de gestão das empresas beneficiárias, que atrasava com frequência os pagamentos, redundou numa dívida bilionária entre as concessionárias do Norte e PIEs de Manaus com a Petrobras.

Apenas em 2012 a Eletrobras começou a acertar com a Petrobras o pagamento desses montantes. A Eletrobras pagou R\$ 1,7 bilhão devidos pelas suas distribuidoras de energia. A Eletrobras estima em R\$ 3 bilhões o valor devido à Petrobras, originada do atraso na quitação do combustível vendido pela BR às térmicas a óleo da Região Norte. Mas, esse um assunto não será abordado neste trabalho.

4 Uma Hipótese Alternativa: a doutrina *Essential Facility*

4.1 Da lei brasileira de defesa da concorrência

A Petrobras interfere diretamente nos custos de geração do sistema elétrico isolado, esses custos rebatem diretamente nas tarifas da energia elétrica praticadas pelas concessionárias do país, e a ANEEL não tem poder para reprimir a conduta desse agente, vez que sua atuação acontece no âmbito do domínio econômico. Contudo, a ANEEL tem a finalidade de cuidar do equilíbrio nas relações entre o interesse da coletividade (consumidores), o interesse privado (agentes regulados) e o interesse público (Estado). E dentro desse escopo buscar a satisfação dos requisitos do serviço adequado, no caso em pauta, principalmente, a modicidade das tarifas e a eficiência da prestação.

Tendo pouca eficácia a norma adotada pela Agência e considerando igualmente o custo regulatório da norma – ações judiciais das empresas contra a determinação do reembolso da CCC pelos preços publicados pela ANP - a questão pode encontrar solução no campo de ação do próprio monopólio.

Cumprir iniciar essa discussão trazendo o outro bem tutelado, agora pelo direito concorrencial, objeto deste trabalho: a concorrência. Em verdade, a defesa da concorrência, parte da ordem econômica, já encontra sua tutela no âmbito constitucional⁷¹. Dessa maneira, o Estado traz para si o dever/direito de proteger a livre concorrência, de forma a garantir o devido processo competitivo em sua ordem econômica, entendido como o direito de qualquer um de participar do ciclo econômico - nele entrar, permanecer e sair, sem qualquer interferência estranha oriunda de interesse de terceiros.

A maior parte deste capítulo tomou como referência a excelente obra de Calixto Salomão Filho sobre o direito concorrencial – as condutas e as estruturas. O autor distingue duas formas de controle de abuso de poder econômico – condutas e estruturas – cada qual tendo raízes teóricas econômicas e jurídicas distintas. Não sendo objeto deste trabalho resgatar as origens e desenvolvimento dessas abordagens, contudo, demarca-se o campo das condutas para delimitar as ideias apresentadas em seguida. Não há interesse em abordar na esfera deste trabalho os atos de concentração econômica. Por outro lado, considera-se o mercado relevante como de natureza geográfica, posto que interessa delimitar o âmbito de ação da empresa, em foco, o mercado de energia da Região Norte.

⁷¹ Inciso IV do art.1 70.

De início importa destacar que a antiga Lei da Defesa da Concorrência (Lei 8.884/1994) distinguia no seu sistema de proteção as condutas e as estruturas. Contudo, essa Lei foi quase que substituída pela Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011, a nova Lei da Defesa da Concorrência, que revogou os arts. 1º a 85 e 88 a 93 daquela lei, mantendo em vigor apenas os arts. 86 e 87, que apenas alteravam o art. 312 do Código do Processo Civil e o art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 36 da Lei 12.529/2011 define as infrações praticadas contra a ordem econômica: I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II) dominar mercado relevante de bens ou serviços; III) aumentar arbitrariamente os lucros; e IV) exercer de forma abusiva posição dominante.

O § 2º da Lei define o que seja posição dominante: sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

O § 3º trata especificamente das condutas ilícitas, dentre elas importa destacar para os fins deste trabalho os incisos: III - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; e X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.

Importante ainda aclarar que o ilícito na norma brasileira de defesa da concorrência apresenta dois elementos: a intenção e os efeitos. Isto é, basta a potencialidade da ocorrência – intenção do agente de dominar o mercado – para caracterizar a existência do ilícito (Salomão 2003a, p.95).

Isso não significa a existência de dois critérios ou uma alternância de critérios de modo a alargar a abrangência do controle das condutas, pois considerando que a Constituição optou claramente por considerar ilícito o ato intencional que visa a um objetivo predeterminado e anticoncorrencial, a lei só pode de ser interpretada no sentido de que, no ambiente econômico, a existência de uma intenção racional ou plausível de atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos e vice-versa. (Salomão 2003, p.95/96)

Pelo exposto pode-se claramente enquadrar as práticas da Petrobras enquanto fornecedora de combustíveis para as concessionárias de distribuição

de energia elétrica, situadas nos sistemas isolados, no art. 36 da Lei, porquanto, as duas condutas referenciadas se enquadram nas quatro infrações descritas. Mais: no ilícito há que se destacar não só os efeitos (preços abusivos), mas também a intenção de exercer de forma abusiva posição dominante (planejamento estratégico da empresa).

Nesse ponto, vale a pena trazer um pouco da visão institucionalista do autor quanto ao seu entendimento conceitual da intenção empresarial e dos efeitos potenciais sobre o mercado. Trata-se de inquirir sobre o plano da empresa, revelado por contratos, atos e reações práticas, para identificar a intenção da empresa. Essa abordagem permite determinar a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e conseqüentemente dá sustentação à aplicação de sanções. Por seu turno, o efeito determinado ou potencializado pela intenção deixa de representar um dado econômico real (eficiência) e passa a ser definido como um risco potencial à concorrência (Salomão 2003, p.97/98).

Segundo Salomão (2003), essa formulação institucionalista dos efeitos no direito concorrencial é que explica o porquê da referencia frequente na doutrina antitruste à razoabilidade ou regra da razão, definida em termos gerais como:

A regra da razão, elaborada pelos anglo-saxões, nada mais é do que uma forma inconsciente de busca de um critério de reprovação social. Reconhecida a importância do valor institucional concorrência (...), são só os atos que sobre ela tenham potenciais efeitos a serem reprovados.

A nova Lei altera a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE⁷² e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda⁷³. Tendo o CADE a função judicante, para isso detém poderes para a aplicação de sanções de natureza administrativa⁷⁴. A Secretaria tendo uma função mais técnica investigativa e de emissão de pareceres acerca de concentrações de empresas e fiscalização quanto ao implemento e criação de normas de agências reguladoras.

A nova lei traz também algumas mudanças importantes no procedimento de análise dos atos de concentração empresarial, sendo talvez a mais

⁷² Órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962.

⁷³ A antiga Secretaria de Direito Econômico, antes ligada ao Ministério da Justiça, passa a ser órgão integrante do próprio CADE.

⁷⁴ Cabe ao judiciário a atribuição referente às responsabilidades civis e penais pelas práticas contrárias à concorrência.

importante, a previsão de análise prévia dos atos de concentração, ou seja, a análise e decisão do CADE ocorrerão previamente à conclusão do negócio realizado. Contudo, esse assunto não tem interesse para os fins deste trabalho.

No âmbito do processo administrativo o direito de ação poderá ser exercido pelo próprio titular, ou pelos legitimados previstos no art. 82 do CDC, entre eles importa ressaltar as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta.

Há quem entenda que o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência mais que um direito pode ser interpretado pelo mercado como mais riscos, de forma que a fruição desse direito pode ser limitada na prática pela precificação de bens e serviços. Conforme esse entendimento não há de se falar em ilícito *per se*, o melhor critério seria sempre a regra da razão (Alkmim Júnior, 2013).

Em outras palavras, normas excessivamente protetivas e que impliquem em prática empresarial em conformidade com a norma antitruste podem levar, no curto prazo, ao desabastecimento e à escassez e, no longo prazo, à realocação dos fatores produtivos para atividades menos custosas para o investidor (Gonçalves e Stelze, 2013).

Contudo, embora essa seja uma discussão importante, principalmente por ter, de um lado, a visão econômica da eficiência, de outro, a visão jurídica do direito, não faz parte do escopo deste trabalho entrar nessa seara, que de resto, foi analisada e bem resolvida na obra de Salomão, aqui referenciada.

As mudanças introduzidas na nova legislação reguladora da concorrência em nada alteraram a abordagem levada a cabo por Salomão, principalmente no que se refere a gênese e função das regras sobre o controle dos comportamentos: os arts. 20 e 21 da Lei 8884/1994, que permanecem em essência no art. 36 da nova Lei.

4.2 Da ação monopolista da Petrobras

A Lei 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo/ANP, estabelece no seu art. 4º que constituem monopólio da União, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, as seguintes atividades: I - a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o

transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e de gás natural.

Portanto, vê-se que está fora da esfera da exploração monopolista da empresa estatal a distribuição de derivados do petróleo (combustíveis). Bem assim, o art. 10 da Lei mencionada, atribui à ANP o dever de comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Assim, à luz do estudo realizado pela ANP, já citado, e das tabelas de preços de combustíveis publicadas mensalmente por essa agência em seu sítio, e utilizadas como parâmetro pela ANEEL para fins de reembolso da CCC, constata-se a prática abusiva de preços da Petrobras, que perversamente impacta sobre o montante de subsídio arrecadado pelas distribuidoras de energia elétrica para viabilizar o consumo desse serviço pelos usuários situados em região eletricamente isolada.

4.3 Das Penalidades no âmbito da Lei da Concorrência

Importa destacar o disposto no art. 34 da nova Lei, que impõe também à pessoa jurídica responsabilidade por infração da ordem econômica, bem assim, possíveis sócios em virtude de conduta imprópria.⁷⁵

Contudo, em que pese a clara e objetiva infração à lei de defesa da concorrência brasileira, não me parece salutar aplicar ao caso em tela, qualquer das penas previstas na norma.⁷⁶ A multa e todas as demais penalidades previstas em nada contribuiriam para resolver o problema do abastecimento de combustível para atendimento ao mercado de energia elétrica da Região Norte.

O problema remete à função econômica da fornecedora de combustíveis, ou seja, à Petrobras. Aqui, nenhum pretensão direito que

⁷⁵ As penalidades administrativas referentes às mencionadas infrações preveem, além de multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado, outras penas que podem ser impostas isoladas ou cumulativamente, tais como, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação de licença compulsória de patentes do infrator ou de não concessão de parcelamento de tributos e incentivos fiscais, além de cisão da sociedade, transferência de controle societário, venda de ativo ou, por fim, cessação parcial da atividade.

⁷⁶ Ressalte-se que, além das já citadas implicações administrativas, existem sanções penais, que aplicam pena privativa de liberdade àqueles que cometem crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90) O Código Civil também garante ao prejudicado o direito ao ressarcimento por prejuízos em função de concorrência desleal, por atos que firam a reputação ou os negócios alheios, obedecendo aos postulados básicos da teoria do ato ilícito (art. 927, CC).

contradite a concorrência subsiste: direito industrial (patente) ou eficiência econômica. Tampouco, pode prosperar a simples e, no caso, inconsequente, aplicação de penalidades previstas na lei de defesa da concorrência.

Há que se buscar uma alternativa, que garanta, por um lado, a continuidade do fornecimento dos insumos energéticos, e por outro, a redução dos seus preços, sem que, contudo, ameace a existência da empresa monopolista estatal no mercado de energia elétrica das áreas eletricamente isoladas do país.

Numa palavra, a tentativa de resolução da questão não passaria pelos mecanismos repressores da conduta, mas sim por uma solução que contemple o direito concorrencial no contexto da estrutura do mercado e do seu principal *player*.

4.4 A doutrina das *Essential Facilities* e suas potenciais aplicações ao regramento da CCC

Diante do fracasso em se buscar soluções tradicionais no âmbito da repressão da conduta de agente com poder de monopólio, pode-se recorrer a outro recurso, situado na esfera da doutrina jurídica e da jurisprudência norte-americana: a doutrina das *Essential facilities*.

Essa doutrina surge a partir do enfrentamento pela Suprema Corte americana⁷⁷ de casos em que o monopólio impede o acesso de bens e serviços essenciais por outras empresas, o que caracteriza infração ao *Sherman Act*. Entre todos os casos citados por Calixto Salomão Filho (2002), interessa aqui ressaltar os critérios adotados para caracterizar a ilicitude de uma recusa de acesso a bens de produção essenciais: i) o controle de um bem por um monopolista impede o acesso de outros agentes, que dependem desse bem para desenvolver suas atividades; ii) impossibilidade técnica ou econômica de duplicação de referido bem; iii) é viável o fornecimento de tal acesso.

Segundo De Oliveira e Turolla (2008), a doutrina vem sendo extensivamente utilizado em casos diversos na defesa da concorrência norte-americana: nas atuais redes ferroviárias, nas redes de distribuição regional de energia elétrica, nos serviços de listagem de empresas imobiliárias residenciais, no transporte de gás natural, na estocagem e transporte de petróleo, nos portos municipais, nas redes de telefonia local, etc.

⁷⁷ Embora atribuída a julgados da Suprema Corte, sua construção corrente se fez nos julgados dos tribunais inferiores. Ver Denis Borges Barbosa (2005). **Nota sobre a aplicação da doutrina das *essential facilities* à Propriedade Intelectual.**

A doutrina das *Essential Facilities* admite a necessidade de reconhecer a função social das empresas com posição dominante no mercado, mas coloca como contrapartida obrigações de fornecimento da parte do monopolista. Esse conceito é utilizado no direito concorrencial para hipóteses de extrema concentração econômica (Salomão Filho, 2002). É dizer, se o estado não pode eliminar o monopólio, seja porque, se o fizer, pode trazer mais prejuízos do que vantagens socioeconômicas, seja porque, não tem força para fazer frente a um poder econômico socialmente consolidado, resta a convivência, desde que com regras ajustadoras de condutas, de modo a tirar proveito, mesmo que parcial, das vantagens oferecidas pela simples existência do monopólio.

Em decisão do CADE, o conceito de “*essential facility*” aparece assim:

...traduz a idéia do bem ou do serviço essencial à comunidade, que não pode ser objeto de restrições...” por parte daquele que detém o direito de exploração. Esse conceito surgiu quando o Estado passou a privatizar, ou terceirizar os serviços que anteriormente estavam sob sua administração. Isto significa que as empresas que dominam o mercado têm a obrigação de adotar uma conduta de não discriminação. É o que ensinam Simon Bishop e Mike Walker: “Nesta situação, os detentores de ‘essential facilities’ estão obrigados por Lei a proporcionar acesso às ‘infra-estruturas’ (‘essential facilities’) a preços razoáveis (...)”⁷⁸

No que tange à aplicação de tal doutrina ao objeto deste trabalho, o ponto central da questão reside no seguinte: é possível estabelecer algum nível de concorrência se for franqueada a concorrentes uma determinada infraestrutura? Na base dessa formulação existe a ideia de que certos bens dependem da existência de outro para serem produzidos. Em outras palavras, existe uma dependência de um agente econômico em relação a outro, no sentido de que um tem as condições para que o outro possa desempenhar suas atividades.

Essa formulação, tipicamente surgida de precedentes judiciais, conforme tradição da *common Law*, encontra guarida em nossa Constituição, especialmente no princípio da função social da propriedade. Entendido o

⁷⁸ Procedimento Administrativo N° 08012.005422/2003-03 tramitando na Secretaria de Direito Econômico (SDE), e da Ação Civil Pública nº 2006.71.01.002601-6/RS, interposta pelo Ministério Público Federal (MPF). Processo envolvendo a exploração do Porto de Rio Grande, movida por Multi Armazéns Ltda. e Transportadora Simas Ltda contra a Tecon Rio Grande S.A. Algumas companhias que utilizam o Porto do Rio Grande para movimentação de cargas manifestam preocupação quanto à competitividade do complexo gaúcho em razão das taxas cobradas pelo Terminal de Contêineres (Tecon) de Rio Grande. Essa ação visava à suspensão de cobrança da tarifa de armazenagem que estava sendo feita para cargas que ficavam no terminal menos de 48 horas até serem desembarçadas. De acordo com a assessoria de imprensa do MPF, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acatou o pedido e o Tecon está recorrendo da decisão no Superior Tribunal de Justiça.

conceito *propriedade* num sentido mais largo, a sua *função social* poderia significar sua utilização por terceiros (Salomão Filho, 2002), desde que não trouxesse dano ao proprietário. Nesse contexto, a doutrina concorrencial das *essential facilities* se interpenetra com as noções de domínio eminente do Estado e do dever de assegurar livre acesso, ainda que remunerado, aos meios essenciais à população e à economia⁷⁹.

Bem assim, Calixto Salomão Filho traz a o conceito de *bens de acesso necessário*, espécie do gênero *bens de produção*, o qual desempenharia integralmente a função social, seja pela sua utilização direta, seja pela disponibilização a terceiros. O monopólio purgaria assim suas mazelas decorrentes de sua posição dominante: obrigação imposta pelo regulador de fornecimento de suas infraestruturas a terceiros, mesmo se concorrentes.

No caso da posição dominante da Petrobras na Região Norte, que provoca consequências diretas para os consumidores de energia elétrica de todo o país, toda a estrutura de fornecimento/estocagem de óleo foi construída pela empresa ao longo do tempo. Esse caso se diferencia daqueles julgados pela Suprema Corte americana, e que deram origem à doutrina das *essential facilities*, uma vez que não há demanda dos potenciais concorrentes para o atendimento dos consumidores por meio do acesso à infraestrutura construída pela empresa dominante.

Destarte, o primeiro critério utilizado para caracterizar ilicitude na conduta da empresa dominante poderia ser substituído por outro, de igual valia, posto que tem a mesma natureza: qualquer potencial concorrente desistirá de entrar nesse mercado, vez que toda a infraestrutura pertence à empresa dominante, logo, sequer intencionam combater nesse mercado. Esse critério pode ser colocado de uma maneira positiva: se houver livre acesso à infraestrutura do monopolista, empresas concorrentes aparecerão. Os demais critérios são integralmente aplicáveis: impossibilidade econômica de duplicar o bem e viabilidade do fornecimento do acesso.

O direito de acesso à infraestrutura é sabiamente resolvido no âmbito do serviço público, regido pelo Direito Administrativo. A questão do direito de acesso no domínio econômico deve ser remetida ao nosso Direito da Concorrência, que estabelece dispositivos sobre abusos de preços. Conforme Salomão Filho, obra citada, nossa legislação antitruste é uma das poucas no mundo que contém disposições expressas sobre abuso de preço.

⁷⁹ Denis Borges. Op. Cit.

Ora, a determinação da ANEEL de reembolsar a CCC pelo limite dos preços publicados pela ANP pode ter baixa eficácia, posto que é uma decisão passível de judicialização, podendo não surtir os efeitos esperados, potencializando resultados colaterais indesejáveis. Por cima de tudo, não traz efeitos repressivos sobre a conduta do monopolista. Dessa forma, resta utilizar outros mecanismos postos na lei e no Direito da Concorrência.

A lei 12.111/2009, como já visto, amplia o direito das concessionárias do Norte relativamente aos custos de geração de energia elétrica na Região e impõe regras concorrenciais para o atendimento à totalidade dos seus mercados por meio de licitação, na modalidade de concorrência ou leilão, a ser realizada, direta ou indiretamente, pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

Assim como a ANEEL determinou limites de preços de combustíveis para efeito de reembolso da CCC, poderia, alternativamente, determinar a realização de licitação para a contratação de empresa fornecedora de combustíveis para o setor elétrico isolado. Ora, se a condição dessa licitação se resumir a preço, corre-se o risco de convalidação de uma posição de monopólio.

A solução, portanto, poderia caminhar no sentido de realizar uma licitação, na modalidade concorrência ou leilão, especificando condições para equalizar os concorrentes em termos de oportunidades. Para isso, seria imperiosa a determinação do livre acesso à infraestrutura da empresa dominante. O proprietário seria remunerado pela sua disposição do bem a outrem, caso não fosse o vencedor do certame.

Poderia a ANEEL adentrar no domínio econômico, se valendo da doutrina das *essential facilities* e do Direito da Concorrência, para regular os termos da função social da propriedade de um monopólio, mesmo que estatal?

A questão é bastante complexa, posto que, embora a doutrina identifique duas áreas distintas na atividade econômica, o serviço público e o domínio econômico ou como define Grau (2002) atividade econômica em sentido estrito, há uma zona sombreada na qual as duas áreas se relacionam, e na qual é bastante difícil a atividade regulatória. A realidade é muito mais complexa do que é capaz de compreendê-la a doutrina e conseqüentemente de formular conceitos mais adequados.

Do exposto acima, tem-se que, no setor de petróleo atua como regulador a Agência Nacional de Petróleo-ANP, que o faz por meio de normas de controle, tendo elas caráter repressivo ou preventivo (Gomes, 2009).

Tendo em conta o poder normativo e fiscalizador da ANP, conferido pela Constituição, pela Lei que a criou, e pela Lei 12.529/2011, a ANP tem o dever/direito de reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros no seu âmbito de atuação.

A nova lei da concorrência atribui também ao CADE a função de regular/fiscalizar a concorrência em mercados regulados. Tendo as agências setoriais apenas competência residual sobre a concorrência⁸⁰.

4.5 Do compartilhamento de infraestrutura no âmbito do Serviço Público

A ANEEL já dispõe de uma experiência, realizada no âmbito do serviço público, envolvendo o compartilhamento de infraestrutura - de postes entre as redes de distribuição de energia elétrica e de telecomunicações. Aqui deve ser advertido que se trata de uma experiência num campo de atuação comum às duas agências envolvidas: ANEEL e ANATEL. Apesar disso, não é matéria desprovida de conflitos e é de difícil solução, como será mostrado a seguir.

A ANEEL regulamenta toda a matéria concernente aos serviços de energia elétrica, incluindo o acesso e o compartilhamento à rede. Contudo, a Lei Geral das Telecomunicações⁸¹, concedeu às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações o direito de utilizar os postes das concessionárias ou permissionárias de serviço público de distribuição ou transmissão de energia elétrica para transportar seus cabos, de forma não discriminatória, mediante preços e condições justas e razoáveis⁸².

Vê-se, portanto, que a Lei não só assegurava os direitos de acesso das empresas de telecomunicações à infraestrutura própria do setor elétrico, mas, sobretudo, já previa o principal elemento de conflito, razão pela qual determina de forma genérica – e não poderia ser diferente – que o acesso se dê em condições razoáveis.

De fato, esse assunto tem se demonstrado extremante complexo, haja vista a existência de interesses comerciais conflitantes: de um lado, as concessionárias de energia elétrica, detentoras das redes de distribuição e responsável pela sua manutenção; e de outro, as concessionárias de telefonia, desejosas de utilizar a infraestrutura de rede existente ao menor custo.

Destaca-se que as principais preocupações relacionadas ao compartilhamento de infraestrutura são: segurança, qualidade do suprimento e

⁸⁰ A Anatel era a única a ter essa atribuição em sua área de atuação. É notória sua ação para garantir a portabilidade numérica.

⁸¹ Lei nº 9.472/1997.

⁸² Art. 73 da Lei 9.472/1997.

custos envolvidos. Importante frisar que os custos de manutenção da rede aumentam com a adição de mais elementos, que, de resto, exercem maior tensão física sobre a estrutura.

No que se refere à segurança e qualidade do serviço, já há regramento conjunto⁸³ que estabelece os requisitos mínimos aplicáveis ao cumprimento do disposto no "caput" do art. 5º do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

Não há registros na ANEEL de que uma má utilização do compartilhamento estivesse comprometendo a qualidade dos serviços de energia elétrica, contudo, o tema que mais tem envolvido as duas agências, assim como as empresas dos dois setores, está relacionado aos custos envolvidos no compartilhamento da infraestrutura⁸⁴.

Inicialmente foi estabelecido que os preços seriam livremente negociados pelas partes, desde que fossem respeitadas a isonomia e a livre competição, devendo o preço cobrir todos os custos associados à infraestrutura compartilhada e demais obrigações constantes do contrato⁸⁵.

Nesse diapasão, foram aprovadas, também em Resolução Conjunta⁸⁶, as condições para a solução administrativa de conflitos sobre compartilhamento de infraestrutura e instituída uma comissão mista para arbitrar divergências, com dois representantes de cada Agência.

Ressalte-se que os contratos de compartilhamento devem ser homologados pelas duas Agências em tela, de modo que se há discrepâncias de preços entre contratos, podem não ser homologados aqueles que podem representar prejuízos para uma das partes. De fato, isso ocorreu para alguns contratos que apresentaram preços de compartilhamento discrepantes, não sendo validados pela ANATEL.

Importante destacar que dos 461 contratos de compartilhamento, até 2009, de 61 distribuidoras, 9% estão sendo questionados na justiça⁸⁷.

Diante do problema, as duas Agências acordaram que seria necessário estabelecer uma metodologia para o cálculo do preço de referência para os

⁸³ Resolução nº 581, de 29 de outubro de 2002, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001, de 24 de novembro de 1999. Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL, de 26/junho/2012.

⁸⁴ Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL, de 26/junho/2012.

⁸⁵ Art. 21 do Anexo da Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 001/1999. Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL.

⁸⁶ Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 002, de 27 de março de 2001.

⁸⁷ Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL.

contratos de compartilhamento de infraestrutura, que seria utilizada somente nos casos de conflito entre as partes.

Foram realizadas Audiências Públicas pelas duas Agências para colher contribuições para a elaboração da metodologia⁸⁸. Importante destacar que durante a realização das Audiências, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE e a Associação de Empresas Proprietárias de Infraestrutura e Sistemas Privados de Telecomunicações – APTEL alegaram ausência de fundamento legal para que as Agências, em conjunto, definissem preço de referência para os contratos de compartilhamento de infraestrutura.

Contudo, a ANEEL defendeu a sua competência para estabelecer a metodologia de cálculo do preço nos contratos de compartilhamento de infraestrutura, desde que articulada com a ANATEL, de forma que os impactos no setor de telecomunicações pudessem ser adequadamente avaliados pelo correspondente órgão regulador⁸⁹.

A solução encontrada e ainda sem aprovação conjunta das Agências, após estudo realizado pela ANEEL, foi escolher o preço do poste típico, com base em seu Banco de Preços Referencial, como a variável necessária para calcular o preço de referência para o compartilhamento de poste. Obviamente, essa solução só seria aplicada para os casos em que não houvesse acordo entre as partes.

A questão levantada nessa questão é que não existem soluções fáceis para compartilhamento de infraestrutura, mesmo para dois setores regulados, como o de energia elétrica e telecomunicações.

⁸⁸ Consulta Pública nº 776/2007, conduzida pela Anatel, e Audiência Pública nº 007/2007, conduzida pela ANEEL, ambas realizadas no período de 04 de abril de 2007 a 25 de maio de 2007. Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL.

⁸⁹ Parecer nº 244/2009-PF/ANEEL. Ver estudo realizado pela ANEEL e sintetizado no Ofício nº 0244/2012-SRD/ANEEL. Não sendo objeto deste trabalho estudar a fundo o problema do compartilhamento das redes do setor elétrico importa apenas ressaltar que, no caso, a questão se resume a discrepâncias de preços, que variam de R\$ 1,50 a mais de R\$ 9,00 por pontos contratados, não havendo correlação entre o número de pontos contratados e o preço cobrado.

Conclusão

Observa-se que a regulação das condições de reembolso da CCC é uma das mais importantes, atualmente, do setor elétrico. No ano de 2010 a Conta ultrapassou os 3 bilhões de reais. Porém, esse valor será revisto, haja vista que a lei 12.111/2009, válida a partir da sua promulgação, mas só agora regulamentada, ampliou os direitos das concessionárias, que além do combustível, terão a cobertura dos custos de operação e manutenção, os custos de capital, e dos impostos não-recuperáveis - essa cobertura só reembolsará a diferença do custo de energia do sistema isolado em relação ao custo do ACR do sistema interligado. Ainda não se conhece o real impacto da nova CCC no bolso do consumidor.

Por isso, existe a maior atenção dos três grupos de interesses no âmbito do serviço público no desenlace da matéria, atualmente sob a responsabilidade da ANEEL: i) *interesse público* – ao poder público que interessa implantar uma política de subsídio aos consumidores do sistema isolado, desde que a um custo suportável; ii) *interesse da coletividade* - os consumidores de todo o país que desejam pagar menos pela energia consumida; e iii) *interesse privado* - os agentes regulados, distribuidores de energia elétrica, querem redução dos encargos setoriais, notadamente a CCC, para que seus clientes aumentem o consumo de energia elétrica.

A agência tem a finalidade de cuidar do equilíbrio nas relações entre eles, precavendo-se para não ser capturada por nenhuma dessas partes, principalmente pelos agentes regulados e pelo governo. Considerando a hipossuficiência dos consumidores não se pode imaginar poder de captura dessa parte.

A solução da questão talvez possa ser encontrada na colaboração entre as agências, já prevista nas suas leis de constituição. No caso em análise, uma ação conjunta da ANEEL e da ANP, cada uma regulando sua área de atuação, poderia determinar os termos de um certame, no qual a doutrina das *essential facilities* e do Direito da Concorrência poderiam ser aplicadas.

Nessa matéria, o CADE⁹⁰ teria papel essencial, pois, sem a sua participação, carece de legalidade/legitimidade qualquer ação solitária ou em

⁹⁰ No âmbito do Domínio Econômico o principal órgão regulador/sancionador é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 e que tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos. As atribuições do CADE estão previstas também na Lei nº 8.884/94.

conjunto das Agências em tela em defesa da concorrência em suas respectivas áreas de atuação, visto que desempenham papel apenas residual no controle da concorrência, conforme a nova lei. Em verdade, o poder sancionador das duas Agências é nulo em matéria de tutela da concorrência.

Talvez uma ação concertada, com essa natureza, seja mais eficaz do que a ação repressiva do CADE contra as condutas infringentes da ordem econômica, praticadas pelo monopólio. Esse, sempre escudado na assimetria de informações, dificultará sobremaneira a caracterização das condutas condenáveis previstas na lei da concorrência.

Mais importante, a simples repressão não traria efetividade, pois que não teria o condão de resolver os problemas colocados pelo abastecimento monopolista de combustíveis para fins de geração elétrica nos sistemas isolados. Afinal, a infraestrutura necessária - rede de tanques para armazenamento de combustíveis, distribuídos por toda a região isolada amazônica - pertence à Petrobras. E essa é a chave da questão; seria desarrazoado aplicar uma sanção à conduta do agente.

Contudo, a questão de precificação do acesso à infraestrutura é muito complexa, de difícil solução. Um exemplo de precificação do acesso, sumariamente analisada neste trabalho é a questão do compartilhamento da rede de postes, detida pelos distribuidores de energia elétrica e usada por operadores de telecomunicações como suporte para cabos. Como visto, os esforços despendidos pelos reguladores de setores diversos são crescentes, e sempre no sentido de estabelecer regras de precificação do acesso à infraestrutura com o objetivo de evitar o abuso de posição dominante por parte de seu detentor.

Trata-se de poder de monopólio exercido de fato, por agente detentor da infraestrutura necessária para garantir o abastecimento de combustíveis na região eletricamente isolada. É por essa razão que há uma clara restrição à competição. Ou seja, a infringência ao direito concorrencial tem sérias repercussões sobre um princípio fundamental aplicado ao serviço público: a modicidade tarifária.

Portanto, aplicando a *“regra da razão”*, na qual se reconhece a importância da concorrência e a existência de um monopolista, o foco da ação proposta seria menos sobre a conduta do agente que detém posição dominante (uma modelagem comportamental), e mais sobre a estruturação de um novo modelo de competição, que assegurasse a potenciais competidores o uso da infraestrutura construída pelo monopolista (uma modelagem estrutural) - a bem do interesse público.

Por sua vez, o acesso à infraestrutura, é dizer, a garantia da aplicação do Direito da Concorrência no âmbito do fornecimento de combustíveis no sistema isolado, pode ser viabilizada se aplicada a doutrina *Essencial Facility*.

Contudo, como as agências setoriais apenas desempenham papel residual na esfera do Direito Concorrencial, conforme comanda a nova lei de defesa da concorrência, o CADE é a instituição, com a colaboração das agências citadas, que deve oferecer o combate na esfera jurídica, no sentido da garantia do Direito da Concorrência, seja no âmbito do domínio econômico, seja no do serviço público.

Bibliografia

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL. **Nota Informativa.** Incidência de ICMS sobre a Subvenção Econômica, de que trata a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e a Lei nº 10.604, de 17 de dezembro de 2002, com impacto para os consumidores de energia elétrica classificados como baixa renda. Junho/2004.

_____. **Nota Técnica nº 009/2008-SRG.** Plano de Operação e Plano Anual de Combustíveis dos Sistemas Isolados – 2008.

_____. **Nota Técnica nº 060/2008-SRG/SFF/SFG.** Aperfeiçoa e atualiza a Resolução Normativa nº 350/99, que estabeleceu os procedimentos para planejamento, formação, processamento e gerenciamento da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC.

_____. **Nota Técnica nº 011/2009-SRG-SRE/ANEEL.** Plano de Operação e Plano Anual de Combustíveis dos Sistemas Isolados – 2009.

_____. **Nota Técnica nº 035/2009-SRG/ANEEL.** Fez a defesa para o pedido de liminar impetrado pela GERA – Geradora de Energia do Amazonas S/A, em contestação à Resolução Normativa nº 347/2009.

_____. **Nota Técnica nº 32/2009–SFG/ANEEL.** Consolidou a instrução processual de 10 das 16 empresas notificadas por pendências quanto à equalização dos estoques físicos de combustíveis para o período 1999 a 2005.

_____. **Nota Técnica nº 13/2011–SFG/ANEEL.** Consolidou a instrução processual do combustível devido no período 1999/2005.

_____. **Nota Técnica nº 14/2012–SFG/ANEEL.** Consolidou fiscalização da Conta de Consumo de Combustíveis-CCC/ISOL: equalização de estoques e consumo específico para o período 2006-2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. **Nota Técnica 016/2006-SCM.** Conta Consumo de Combustíveis dos Sistemas Isolados de Geração de Energia Elétrica – Levantamento dos Valores dos Combustíveis e Fretes Pagos pelas Empresas Geradoras de Energia Elétrica dos Sistemas Isolados. Junho/2006.

ALKMIM JÚNIOR, Washington Cardoso. **O bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43899&seo=1>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

DA COSTA, Wellington Soares. **O devido processo legal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acessado em 19/07/2013.

DE OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques e TUROLLA, Frederico A. **O problema dos recursos essenciais (essential facilities) na infra-estrutura**. Revista conjuntura de Infraestrutura. 003. Março de 2008. Disponível em: http://www.abdib.org.br/index/conjuntura_infraestrutura_materia.cfm?id_edicao=3&id_secao=4&id_chapeu=1&id_materia=3. Acessado em 24/07/2013.

DE SALES, Fernando Augusto de Vita Borges. **Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21030>. Acessado em 22/07/2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. In: Juarez Freitas, Responsabilidade Civil do Estado. Malheiros Editores, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **O Marco Regulatório da Prospecção de Petróleo no Brasil: o Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Textos para Discussão 55. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, março / 2009.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZE, Joana. **Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acessado em 23/07/2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MALAN, Diogo. **Bem jurídico tutelado pela Lei nº. 7.492/86**. Acessado em 15/07/2013.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Projeto RE-SEB-COM**. Sumário Executivo das Sugestões, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.