

22

2010 • abril • maio

Revista de Direito da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Conselho
Administrativo
de Defesa
Econômica

Regulação e concorrência no setor de energia elétrica

Amanda Athayde Linhares
Martins

1. Introdução. 2. O novo modelo regulatório do setor elétrico no Brasil. 3. Aneel e SBDC interação para garantir a concorrência no setor de energia elétrica. 4. Concorrência no mercado de energia termelétrica. 4.1. A matriz energética brasileira. 4.2. A "questão Petrobrás". 4.3. Alguns atos de concentração da Petrobrás em geração de energia termelétrica. 4.3.1. Da definição de mercado relevante. 4.3.1.1. Da dimensão do produto. 4.3.1.2. Da dimensão geográfica. 4.3.2. Da determinação da parcela de participação de mercado da Petrobrás. 4.3.3. Exame de probabilidade do exercício de poder de mercado. 5. Conclusão.

Amanda Athayde Linhares Martins é acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Administradora de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA, ambos em Belo Horizonte (MG). Realizou o PINCADE em julho de 2007 e é ex-membro do Grupo de Estudos de Direito Internacionais (GEDII), do Grupo de Estudos de Direito do Comércio Internacional (GEDICI), e do Centro de Estudos Brasileiros e da Organização do Comércio (CEB-OMC), todos da UFMG. Foi intercambista na Université Paris I – Panthéon Sorbonne em 2009/2010. E-mail: amandathayde@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a interação entre regulação e concorrência no setor de energia elétrica brasileiro. O foco é na avaliação dos possíveis problemas antitruste gerados pelos recentes e crescentes investimentos da Petrobrás em termelétricas. A partir disso será demonstrada a improbabilidade do exercício do *market power* dessa empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica graças às regras regulatórias existentes no setor.

ABSTRACT

The present article aims at analyzing the interaction between regulation and competition law in the Brazilian electric energy sector. The focus is on the evaluation of the antitrust problems eventually caused by the recent and increased investments made by Petrobrás enterprise in thermoelectric plants. Then, the improbability of the exercise of its market power in the national market of generation of thermoelectric energy due to regulatory rules will be demonstrated.

Palavras-chave: energia elétrica – termelétrica – concorrência – regulação.

1. INTRODUÇÃO

Uma das variáveis para se definir um país como desenvolvido é a facilidade de acesso da população aos serviços de infra-estrutura, como saneamento básico, transportes, telecomunicações e energia. De todos esses segmentos da infra-estrutura, o da energia elétrica é o serviço mais universalizado¹⁹², sendo que atualmente no Brasil uma parcela superior a 98% da população tem acesso à eletricidade¹⁹³.

Essa quase universalização do serviço da energia elétrica foi possível graças às mudanças estruturais sofridas ao longo da história brasileira, especialmente na década de 90 e a partir de 2004, que instituíram um novo modelo de sistema elétrico no Brasil e um sistema regulatório bem estruturado, razão pela qual este contexto evolutivo será lembrado.

A estrutura regulatória, entretanto, não é suficiente para garantir a livre concorrência no setor - mais especificamente nos mercados de geração e comercialização, visto que distribuição e transmissão permanecem monopólios naturais. Por essa razão, verificando a relação latente entre regulação e concorrência, é necessário entender a interação existente entre a agência reguladora do setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), os três órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que são a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

Neste contexto de interação e complementaridade da regulação com a defesa da concorrência, especialmente no que se refere aos atos de concentração envolvendo empresas de energia elétrica apresentados ao SBDC nos últimos anos, é observável um crescente aumento no número de aprovações de atos relativos à expansão da capacidade produtiva em termelétricas. Um agente econômico, especificamente, chama a atenção, a Petrobrás, empresa que vem investindo fortemente em geração de energia elétrica, sobretudo em termelétricas, e que avivou a discussão acerca das possíveis consequências à concorrência ocasionadas pela sua participação no setor. Diante disso, será feito um estudo da indústria de energia elétrica e de suas fases produtivas, bem como da composição da matriz energética brasileira. Também será avaliada a estrutura

¹⁹² Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008. p. 22.

¹⁹³ Este valor de 98% é potencialmente crescente, tendo em vista a continuação dos programas de inserção social, em particular o programa governamental "Luz para todos". Dado do site do Operador Nacional do Sistema (ONS), disponível em: <http://www.ons.org.br/institucional_linguas/modelo_setorial.aspx> (último acesso em 27/04/2010).

corporativa da Petrobrás e as razões de um receio de prática anticoncorrencial eventualmente por ela imposta. Finalmente, a didática de análise de um ato de concentração efetuada pelos órgãos de defesa da concorrência no Brasil será adotada, a fim de se verificar a probabilidade de imposição de práticas anticoncorrenciais por esta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica, dando a devida atenção ao enquadramento do setor como mercado regulado.

2. O NOVO MODELO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL

Para garantir o serviço público básico de eletricidade a toda a sociedade, a indústria da energia elétrica faz parte de uma cadeia econômica que tem início na exploração de recursos naturais estratégicos, de propriedade da União, e que termina com o fornecimento da energia elétrica à população. Esse acesso universal é um desafio especial no Brasil, dada a larga extensão territorial do país, mas a história mostra que foi possível o desenvolvimento do setor, que atuou tanto em um extremo, de desenvolver tecnologias, quanto no outro, de aumentar do número de pessoas com acesso às fontes mais eficientes de energia.

Durante o período de crescimento elevado na década de 70, o planejamento energético e as decisões de investimento eram coordenados pela Eletrobrás, com base em previsões sobre o perfil de crescimento da economia. A expansão da capacidade produtiva, por sua vez, era financiada através de créditos externos e de impostos específicos sobre o consumo de energia. As tarifas, finalmente, eram fixadas pelo Conselho Nacional de Política Energética, seguindo orientações dos Ministérios de Minas e Energia, Planejamento e Fazenda¹⁹⁴.

Com a crise fiscal dos anos 80, entretanto, e com o esgotamento das fontes externas de financiamento, as sucessivas tentativas governamentais de usar as tarifas de serviços públicos como paliativos para lidar com o descontrolado inflacionário da época mostraram-se inviáveis para preservar a política energética até então executada¹⁹⁵.

Assim, desde a década de 90 o modelo institucional do setor de energia elétrica teve que passar por mudanças, que culminaram na sua completa reestruturação. A reforma começou em 1993 com a Lei n. 8.631, que extinguiu a

¹⁹⁴ ARAÚJO JR, José Tavares de. *Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura*. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional, 2005. p. 7. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/670066.PDF>> (último acesso em 27/04/2010).

¹⁹⁵ Idem.

equalização tarifária vigente e criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores, e foi marcada pela promulgação da Lei n. 9.074 de 1995, que criou o Produtor Independente de Energia¹⁹⁶ e o conceito de Consumidor Livre¹⁹⁷.

Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia (MME), cujas conclusões foram basicamente pela necessidade de: (a) implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, dividindo-as nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, (b) incentivar a competição nos segmentos de geração e comercialização, (c) manter sob regulação os setores de distribuição e transmissão de energia elétrica, considerados como monopólios naturais, sob regulação do Estado¹⁹⁸ e (d) criar novas entidades.

No que se refere a esta última necessidade, efetuou-se a criação de um órgão regulador (a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL¹⁹⁹), de um operador para o sistema elétrico nacional (Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS²⁰⁰) e de um ambiente para a realização das transações de compra e venda de energia elétrica (o Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE²⁰¹). Estas três entidades foram instituídas, respectivamente, pela Lei n. 9.427 de dezembro de 1996, pela Lei n. 9.648 de 27 de maio de 1998 e pelo Decreto n. 2.655 de 2 de julho de 1998.

Em 2001, entretanto, o setor elétrico brasileiro sofreu com o "apagão", que representou a grave crise de abastecimento existente no país e que resultou em um plano de racionamento de energia elétrica. Diante das críticas sofridas e visando a adequar o modelo em implantação, foi instituído em

¹⁹⁶ Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Arts. 11 a 14 da Lei n. 9.074 de 1995.

¹⁹⁷ Consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995. Apesar de a noção de consumidor livre ter sido estabelecida nesta lei mencionada, o seu conceito só foi estabelecido no Decreto n. 5.163 de 3 de julho de 2004, em seu art. 1º, inciso X.

¹⁹⁸ Site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), disponível em: <<http://www.ccee.org.br/ccceinterdsm/v/index.jsp?vgnextoid=96a0a5c1de88a010VgnVCM100000aa01a8c0RCRD>> (último acesso em 27/04/2010).

¹⁹⁹ A ANEEL é autarquia sob regime especial instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

²⁰⁰ O ONS é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

²⁰¹ O MAE foi substituído posteriormente pela CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, atualmente existente.

2002 o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico, cujo trabalho resultou em propostas de alterações²⁰².

A partir dessas propostas, durante os anos de 2003 e 2004 o Governo Federal lançou as bases de um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, sustentado pelas Leis n. 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004 e pelo Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. Em termos institucionais, esse novo modelo definiu a criação de uma instituição responsável pelo planejamento do setor elétrico a longo prazo (a Empresa de Pesquisa Energética - EPE²⁰³), de uma instituição com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica (o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE²⁰⁴) e de uma instituição para dar continuidade às atividades do MAE²⁰⁵, relativas à comercialização de energia elétrica no sistema interligado (a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE²⁰⁶).

O método de comercialização de energia também sofreu alterações, com a instituição de dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR²⁰⁷), do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL²⁰⁸), do qual participam agentes de geração,

²⁰² O Relatório apresentado pelo Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico está disponível em: <http://www.agg.ufba.br/gce_rel3.pdf> (último acesso em 27/04/2010).

²⁰³ A EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

²⁰⁴ Ao CMSE compete acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados; avaliar as condições de abastecimento e de atendimento, relativamente às atividades referidas no inciso I deste artigo, em horizontes pré-determinados; e realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados.

²⁰⁵ MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

²⁰⁶ A CCEE é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por finalidade a viabilização da comercialização de energia elétrica no SIN, realizada no ACR, no ACL ou no Mercado de Curto Prazo. Conforme determina a Convenção de Comercialização, homologada pela Resolução ANEEL nº 109 de 26 de outubro de 2004, a CCEE é responsável pela especificação, orientação e determinação dos aspectos referentes à adequação do Sistema de Medição de Faturamento (SMF), e pela implantação, operação e manutenção do SCDE - Sistema de Coleta de Dados de Energia, de modo a viabilizar a coleta dos dados de energia elétrica para uso no Sistema de Contabilização e Liquidação - SCL, visando garantir a exatidão das grandezas apuradas, bem como o cumprimento dos prazos exigidos.

²⁰⁷ O ACR é aquele ambiente em que as operações de compra e venda para as concessionárias de distribuição por meio de licitação na modalidade leilão, tanto para empreendimentos existentes quanto para novos empreendimentos e, recentemente, também para novas fontes alternativas. A contratação em ACR é formalizada através de contratos bilaterais regulados, celebrados entre agentes vendedores (comercializadores, geradores, produtores independentes ou autoprodutores) e compradores (distribuidores) que participam dos leilões. Regulamentação prevista na Lei nº. 10.848/04.

²⁰⁸ O ACL é aquele ambiente em que se estabelece a livre negociação entre os geradores, comercializadores, consumidores livres, importadores e exportadores de energia, sendo a compra e venda de energia pactuada por meio de contratos bilaterais livremente negociados, e,

comercialização, importadores e exportadores de energia, além dos consumidores livres.

Diante desse histórico é possível observar que a estrutura do setor elétrico no Brasil não é mais a mesma e que o funcionamento do sistema está mais sofisticado e com mais ferramentas para a promoção dos objetivos governamentais. Mas essa atuação regulatória do Estado não é suficiente para a manutenção de um ambiente efetivador do preceito constitucional de livre concorrência, de modo que surge a atividade de preservação da concorrência num contexto de mercado e de punição dos atos anticoncorrenciais, a ser estudada a seguir sob a ótica da interação entre a ANEEL e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

3. ANEEL E SBDC: INTERAÇÃO PARA GARANTIR A CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

"atos [...] que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)".

Assim, para que um ato de concentração que envolva empresa do setor de energia elétrica seja validado, ele deve ser aprovado tanto pela ANEEL, no aspecto técnico, quanto pelo CADE, no aspecto concorrencial, e eventual reprovação em uma das duas autarquias resulta no veto do ato de concentração.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a relação do CADE com a ANEEL é de interação, interdisciplinaridade e complementaridade²⁰⁹, conforme já advertia o ex-Conselheiro Celso Campilongo. Não há exclusão de competência do CADE para tutelar a concorrência nos mercados regulados²¹⁰, caminhando-se,

portanto, não sujeitos a estritos comandos regulatórios. Os contratos de ACL correspondem atualmente a aproximadamente 25% do total de energia comercializada no país. Vide Lei nº. 10.848/04.

²⁰⁹ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podvim, 2008. p. 390. Esta posição ainda é controvertida na doutrina.

²¹⁰ A discussão a respeito da tutela da concorrência no setor bancário é ainda mais intensa. Para maiores detalhes, recomenda-se: LEOPOLDINO, João Bosco. *Regulação e concorrência*.

sim, para o "estabelecimento de competências concorrentes, marcadas por alto grau de cooperação e interação"²¹¹

4. CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE ENERGIA TERMELÉTRICA

Uma vez que a regulação e a concorrência trabalham juntas no mercado de energia elétrica, convém então analisar mais detalhadamente este setor de mercado. Para tanto, primeiramente analisar-se-á a indústria da energia elétrica, com foco na matriz energética brasileira. Em seguida, direcionando o artigo para a discussão cerne, estudaremos a chamada "questão Petrobrás", verificando os potenciais problemas concorrenciais gerados pelos seus crescentes investimentos na geração de energia termelétrica. Finalmente, avaliaremos, concretamente, a probabilidade da adoção de práticas abusivas por esta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica.

4.1. A matriz energética brasileira

A indústria de energia elétrica realiza quatro funções básicas, que são divididas pela doutrina²¹² e pela jurisprudência do CADE²¹³ em geração²¹⁴, transmissão²¹⁵, distribuição²¹⁶ e comercialização²¹⁷. O escopo deste artigo abarca

Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional, disponível em: <http://www.jbleopoldino.com.br/pdf/CONCORRENCIA_E_REGULACAO.pdf> (último acesso em 28/04/2010).

²¹¹ Ato de Concentração submetido ao CADE: 08012.004550/1999-11.

²¹² VISCUSI, W. Kip. HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. London: MIT Press, 2005. 4edition. p. 453. Apesar dessa divisão em quatro etapas adotada também adotada na jurisprudência do CADE, alguns doutrinadores sustentam que a função elétrica se desdobra em apenas três estágios principais: geração e produção; transporte que abrange a transformação; e distribuição. Vide ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 143.

²¹³ A presente definição de quatro segmentos para a indústria da energia elétrica está apoiada em vários processos analisados pela SEAE, tais como nos Atos de Concentração submetidos ao CADE: 08012.002559/2000-55; 08012.006066/2003-37; 08012.007591/2003-70; 08012.000089/2006 e 08012.002569/2006-86.

²¹⁴ A geração de energia elétrica é o resultado da transformação de fontes primárias, renováveis ou não renováveis, por intermédio do processamento, em usinas de geração, e este setor é submetido à livre concorrência no Brasil. BAHENSE, Daniella Azeredo. *Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e Descentralização de suas Atividades de Regulação. Projeto de Dissertação*. Salvador: UFBA/CME, 1999. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no Banco de Informações de Geração (BIC), disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=15&idPerfil=2>> (último acesso em 27/04/2010).

²¹⁵ A transmissão consiste no envio de energia elétrica de alta tensão do local de geração até estações de rebaixamento de tensão, compondo-se de redes de transmissão, subtransmissão, distribuição e linhas de interligação. Esta tensão utilizada na transmissão precisa ser alta para minimizar perdas no trajeto da transmissão, mas para a entrega da energia aos consumidores finais é necessário que a tensão seja rebaixada a níveis menores, o que é feito por estações de

apenas o estudo da geração, razão pela qual as demais funções elétricas não serão ora analisadas.

De acordo com o Banco de Informações de Geração (BIG), o Brasil possui um total 2.219 empreendimentos em operação, que correspondem a uma capacidade instalada de 115.995.738 kW de potência²¹⁸. Essa matriz energética brasileira é dividida em quatro grandes fontes: hidrelétrica, termelétrica (que engloba os insumos gás, petróleo, biomassa, nuclear e carvão mineral), eólica e importação.

Uma usina hidrelétrica ou central hidroelétrica é o complexo arquitetônico que tem por finalidade produzir energia elétrica pelo aproveitamento do potencial hidráulico existente em um rio. Uma termelétrica, por sua vez, é a central que utiliza um ciclo termodinâmico para geração de energia elétrica, que pode ter como insumos gás, petróleo, biomassa²¹⁹, compostos nucleares e carvão mineral. Já a geração eólica utiliza a força dos ventos para acionar uma usina elétrica. Por fim, tem-se a importação de energia elétrica proveniente de usinas geradoras instaladas em outros países, que também integra a matriz geradora brasileira.

Divididas nessas quatro grandes fontes, tem-se que do total de 2.219 usinas em operação 847 são hidrelétricas, 1329 são termelétricas abastecidas por fontes diversas e 43 são eólicas. A porcentagem gerada por

rebaixamento. É, pois, um monopólio natural, em função de requerer intensivo investimento de capital, com elevados custos irreversíveis, o que inviabiliza economicamente a duplicação da rede.

²¹⁶ A distribuição, como terceiro estágio da função elétrica, consiste em veicular a energia entre as estações de rebaixamento de tensão e os consumidores finais. O mercado consumidor relaciona-se, portanto, diretamente ao sistema de distribuição, que se divide em residencial, industrial, comercial, rural, setor público, dentre outros. Tem-se que a distribuição, assim como a transmissão, em virtude de suas especificidades técnicas, de seus custos fixos elevados e marginais mínimos, é atividade tipicamente caracterizada como monopólio natural, o que torna necessária a existência de agente regulador. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no campo "mercado de distribuição", no site da ANEEL, disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=48&idPerfil=2>> (último acesso em 27/04/2010).

²¹⁷ A comercialização consiste na intermediação financeira das operações de compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional (SIN), que se dá mediante a contratação regulada ou livre, nos termos da Lei n. 10.848/04 e do Decreto n. 5.163/04. Assim, a comercialização, semelhantemente à geração de energia, é segmento competitivo, ao contrário da transmissão e distribuição que se caracterizam como monopólios naturais. Recomenda-se ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 110. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), disponível em: <<http://www.ccee.org.br>> (último acesso em 27/04/2010).

²¹⁸ Essa capacidade instalada total inclui a participação das importações. Site da ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

²¹⁹ Para efeitos de geração de energia térmica a biomassa, utiliza-se bagaço de cana, licor negro, madeira, biogás e casca de arroz.

cada um desses segmentos, por sua vez, é de 68,09% pelas hidrelétricas, 24,21% pelas termelétricas, 0,66% pelas eólicas e 7,04% pelas importações²²⁰.

Mas o planejamento da expansão do setor elétrico produzido pela EPE²²¹ prevê a diversificação da matriz da energia elétrica, historicamente concentrada por meio da fonte hidráulica. Há poucos anos as hidrelétricas representavam cerca de 90%²²² da capacidade instalada no país, em 2008 essa posição recuou para 74% e em 2010 já atingiu o nível 68%. Esse fenômeno foi resultado da construção de usinas baseadas em outras fontes (como as termelétricas movidas a gás natural e a biomassa) em maior ritmo do aquele verificado nas hidrelétricas, alavancado pela abertura do mercado à competição, pela entrada dos capitais privados, pela revisão do papel do Estado quanto à regulação, pela regulamentação, pela fiscalização do setor energético e pelos incentivos governamentais, como, por exemplo, instituídos no Programa Prioritário de Termelétricas, implementado pelo Decreto n. 3.371/00.

Diante desse novo contexto, investidores atentos que observaram a existência de oportunidade promissora de negócio investiram fortemente na geração de energia, especialmente termelétrica, e este é o caso de um investidor em especial, a Petrobrás, que vem suscitando discussões acerca dos possíveis impactos anticoncorrenciais gerados pelos seus investimentos no setor.

4.2. A "questão Petrobrás"

Atuar de forma integrada na cadeia de produção e de comercialização de energia elétrica, visando a posicionar-se como uma companhia de energia e a consolidar sua posição no mercado doméstico, é objetivo estratégico da Petrobrás²²³.

A Petrobrás é uma sociedade anônima de capital aberto, que atua de forma integrada nos segmentos da indústria de óleo, gás e energia, com atividades de exploração e produção, refino, comercialização, transporte e petroquímica, distribuição de derivados, gás natural, biocombustíveis e energia elétrica.

²²⁰ Site da ANEEL. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

²²¹ EPE - Empresa de Pesquisa Energética.

²²² Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008. p. 34.

²²³ Site da Petrobrás. Disponível em:

<<http://petrobrasri.infainvest.com.br/modulos/doc.asp?arquivo=00951010.WAN&doc=ian490.doc&language=ptb>> (último acesso em 21/07/08).

Constitui, em verdade, o “Sistema Petrobrás”, que compreende as sociedades por ela controladas direta ou indiretamente e também aquelas a ela coligadas²²⁴. Criada em 1953, ela é hoje a sexta maior companhia de petróleo do mundo com base no valor de mercado, segundo o ranking da consultoria *PFC Energy*²²⁵. O Sistema Petrobrás tem consolidado sua posição no mercado como uma verdadeira empresa de energia. Possui atividade central no ramo de petróleo e gás natural, mas vem investindo fortemente em biocombustíveis, fontes renováveis de energia e energia elétrica, nos segmentos eólico, hidrelétrico e termelétrico²²⁶.

Esse direcionamento estratégico é evidenciado ao grande público pelas informações contidas em sua página institucional na Internet, na área “Nossos negócios – energia elétrica”²²⁷. Ademais, dados do Relatório de Informações Gerenciais da ANEEL de março de 2010 mostram a Petrobrás como o 8º agente de maior capacidade instalada no país, com 5.291.067 kW de potência²²⁸. Ao público mais especializado, tal evidência é dada pelo movimento crescente de apresentação de atos de concentração ao CADE envolvendo a aquisição ou a participação da Petrobrás em empresas termelétricas, especialmente naquelas a gás natural e a biomassa.

²²⁴ O Sistema Petrobrás é constituído das seguintes empresas principais:

A Petrobras Distribuidora S/A (BR) atua na distribuição e comercialização em todo o território nacional de óleo diesel, gasolina, óleo combustível, querosene de aviação, lubrificantes e outros produtos derivados de petróleo, gás natural e álcool combustível.

A Petrobrás Energía Participaciones S.A. atua na produção de óleo e gás, refino, marketing e transporte, petroquímica, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na Argentina, Brasil, Venezuela, Bolívia, Peru e Equador.

A Petrobrás Química S/A (PETROQUISA) tem por objeto a participação em sociedades que se dediquem à fabricação, ao comércio, à distribuição, ao transporte, à importação e à exportação de produtos das indústrias químicas e petroquímicas.

A Petrobrás Gás S/A (GASPETRO) funciona como holding para investimentos no transporte de gás natural, além de deter participações minoritárias em projetos de geração de energia e cabos de fibra óptica.

A Petrobras Transporte S/A (TRANSPETRO) tem como finalidade construir e operar a rede de transportes. A Downstream Participações S.A. tem como principal objetivo social servir como uma holding para os postos de gasolina adquiridos na troca de ativos.

A Petrobrás International Finance Company (PIFCo) tem o objetivo de facilitar a importação de óleo e produtos derivados de petróleo.

²²⁵ Relatório Anual 2007 da Petrobrás. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/RelatorioAnual/pdf/RelatorioAnual_2007.pdf> (último acesso em 30/07/2008).

²²⁶ Site da Petrobrás. Disponível em: <http://www.petrobras.com/ptcm/appmanager/ptcm/dptcm?_nfpb=true&_pageLabel=petr_com_ar_ea_detalhe&idConteudoPrincipal=area_detalhe_00005> (último acesso em 30/07/2008).

²²⁷ Site da Petrobrás. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/portal/frame.asp?pagina=/portal/search.asp>> (último acesso em 30/07/2008).

²²⁸ Relatório de Informações Gerenciais disponível no site da ANEEL, em: <http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/informacoesGerenciais_marco-2010.pdf> (último acesso em 27/04/2010).

Conforme supramencionado, existem atualmente 1329 termelétricas no Brasil, abastecidas por fontes diversas, que representam 24,21% da capacidade instalada total. Essa porcentagem é dividida por insumo, de maneira que, do total da capacidade brasileira, 10,47% é de energia termelétrica a gás, 5,17% a petróleo, 5,52% a biomassa, 1,73% nuclear e 1,32% a carvão mineral²²⁹.

As termelétricas a gás natural²³⁰, especialmente, têm sido de grande interesse da Petrobrás, uma vez que, sendo a fornecedora do gás para as usinas, alcança no mínimo um triplo benefício com a participação acionária (seja esta participação total, majoritária ou minoritária): fortalece o vínculo entre as empresas que antes era apenas de fornecimento de insumo de gás e agora será de relação societária; participa dos lucros sociais; e ainda mostra-se como um *player* atuante no mercado de geração de energia termelétrica. Essa verticalização gera discussões acerca de seus possíveis efeitos anticoncorrenciais.

Isso porque freqüentes são as situações em que firmas verticalizadas controlam a oferta de bens e serviços indispensáveis à sobrevivência de outras empresas. Só que, ao contrário do que ocorre em outras cadeias produtivas, onde sempre existe certo grau de interdependência entre produtores e consumidores de insumos, as empresas que dependem de um recurso essencial numa indústria de rede (como é o caso da Petrobrás, com o gás natural) não dispõem da opção de mudar de fornecedor. Esta situação confere às empresas verticalizadas daquele setor os incentivos e os instrumentos para o exercício de pelo menos dois tipos de condutas abusivas²³¹.

O primeiro é o de usar o recurso essencial como expediente para extrair rendas de clientes cativos daquele recurso²³². Os casos típicos são a cobrança de tarifas diferenciadas e a prestação de serviços de qualidade inferior àqueles clientes que, por exemplo, dependam de uma ferrovia, de um terminal portuário ou de um gasoduto, e não disponham de outras alternativas para distribuir seus produtos.

O segundo tipo de conduta abusiva ocorre se aquele usuário do recurso essencial for, além de cliente, competidor da firma verticalizada em outros segmentos da indústria. Para a firma detentora do recurso essencial ter-se-ia um atrativo adicional, que é o de eventualmente converter essa situação em

²²⁹ Site da ANEEL. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

²³⁰ Gás natural é o nome dado à mistura de hidrocarbonetos e impurezas, composta basicamente por metano, etano, propano, butano e outros. Usinas termelétricas a gás são denominadas usinas convencionais juntamente com aquelas que se utilizam da queima de combustíveis como petróleo e carvão mineral. Embora seja uma fonte não-renovável, a composição do gás natural faz com que seja o menos poluente dentre as usinas convencionais.

²³¹ ARAÚJO JR, José Tavares de. *Op. cit.* p. 3-4.

²³² *Idem.*

uma estratégia para eliminar o competidor²³³. Neste caso, dependendo das condições de concorrência no mercado final, pode interessar à firma verticalizada elevar a extração de rendas até o ponto em que o competidor seja obrigado a sair do mercado. Após haver alcançado tal objetivo, a firma verticalizada disporá de melhores condições para aumentar simultaneamente suas margens de lucro e parcelas de vendas no mercado final de bens e serviços²³⁴.

A discussão acerca da viabilidade de imposição vertical desses tipos de condutas pela Petrobrás, além da probabilidade do exercício do seu poder de mercado em linha horizontal faz necessária uma análise mais detalhada de alguns dos atos de concentração que vêm sendo submetidos ao CADE.

4.3. Alguns atos de concentração da Petrobrás em geração de energia termelétrica

Dentre todos os investimentos da Petrobrás em termelétricas a gás recentemente levados para aprovação do CADE, pode-se citar, por exemplo, a construção de quatro usinas no Rio de Janeiro, duas no Rio Grande do Sul, uma em Mato Grosso do Sul, uma no Rio Grande do Norte, uma em Sergipe, uma em Minas Gerais, duas em São Paulo, duas na Bahia e uma em Goiânia²³⁵.

Além desses, no que se refere às termelétricas a biomassa, os investimentos da Petrobrás ainda são pequenos se comparados àqueles em usinas a gás natural, mas apresentam o fator estimulante de ser energia renovável e de ter sua maior aplicação na cogeração industrial, sem considerar o

²³³ *Idem*.

²³⁴ ARAÚJO JR, José Tavares de. *Op. cit.* p. 3-4.

²³⁵ Atos de concentração recentemente aprovados pelo CADE, relacionados a investimentos da Petrobrás em termelétricas a gás: (i) formação de consórcio entre ECE, SFE e Petrobrás para construção de termelétrica a gás no Rio de Janeiro; (ii) parceria com a Texaco e El Paso para a construção de usina termelétrica no Rio Grande do Sul; (iii) constituição de usina Termo Gaúcha no Rio Grande do Sul pela Petrobrás, Repsol, Tpirange e CEEE; (iv) parceria com a Enersul para construção de usina termelétrica em Mato Grosso do Sul; (v) parceria com a Guaraniana para construção de termelétrica no Rio Grande do Norte; (vi) parceria entre Petrobrás e Energipe para construção de termelétrica em Sergipe; (vii) parceria com a Fiatavia para construção de termelétrica em Minas Gerais; (viii) constituição da termelétrica CCBS-RPBC em São Paulo, por parceria entre Petrobrás, Marubeni e SithEnergies; (iv) parceria com a EMAE, para construção de termelétrica em São Paulo; (x) parceria com a EDF Internacional para construção de termelétrica no norte fluminense; (xi) parceria com a NRG para a construção de termelétrica Termorio; (xii) parceria com a El Paso para a construção de termelétrica de Macaé-Marchant no Rio de Janeiro; (xiii) parceria entre BR, Ellocin Brasil Participações e Consultoria Empresarial Ltda., Genrent do Brasil Ltda., Crisga Consultoria Engenharia Elétrica e Participações Ltda para construção de termelétrica de Camaçari Pólo de Apoio I; (xiv) parceria entre BR e Benco Energia Ltda. para construção de termelétrica Goiânia II; (xv) parceria entre a BR e Motto do Conselho Participações Ltda. para construção de termelétrica Camaçari Muricy I; etc.

forte incentivo governamental²³⁶. Neste contexto destaca-se um recente investimento da Petrobrás em termelétrica a biomassa, que foi o caso, por exemplo, da constituição da Bioenergética Britarumã S.A. para cogeração de energia elétrica a partir de insumo de cana de açúcar.

A submissão desses atos de concentração ao CADE é realizada por exigência do § 3º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, por ser "ato em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00" (sendo que, quase sempre, esse participante é a Petrobrás). A análise desses atos de concentração é feita com base no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Guia de Análise)²³⁷, aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº. 50, de 1º de agosto de 2001.

Para tanto, procede-se a cinco grandes etapas: (I) *definição de mercado relevante*; (II) *determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes*, de modo que os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise, e os demais sejam objeto de análise nas etapas subseqüentes; (III) *exame da probabilidade de exercício de poder de mercado*, porque quando não for provável o seu exercício, a concentração receberá parecer favorável, mas quando for provável a concentração será objeto de investigação na etapa seguinte; (IV) *exame das eficiências econômicas gerados pelo ato*; e (V) *avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final*, de modo que, quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias. Assim, o critério geral de aprovação de um ato de concentração pelo CADE é "o efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico"²³⁸, na medida em que se, por um lado, o exercício de poder de mercado reduz o bem-estar econômico, os eventuais incrementos de produtividade, melhorias na qualidade, maior

²³⁶ A biomassa vem sendo aproveitada energeticamente através do uso de etanol, bagaço de cana, carvão, vegetal, lenha e outros, e trata-se de uma fonte de energia renovável quando manejada adequadamente. Apresenta balanço zero de emissões, pois não emite óxidos de nitrogênio e de enxofre, e o CO2 emitido na queima é absorvido na fotossíntese, o que demonstra vantagens ambientais inexistentes em qualquer combustível fóssil. Assim, trata de fonte de energia imprescindível em projeção a médio e longo prazo, alinhada à estratégia da Petrobrás de ser reconhecida como uma "empresa de energia".

²³⁷ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000 > (último acesso em 27/04/2010)..

²³⁸ Critério geral estabelecido no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000 > (último acesso em 27/04/2010).

diversidade de produtos, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento do bem-estar econômico²³⁹.

Diante dessa metodologia seguida pelo CADE, portanto, analisar-se-á a probabilidade de ocorrência de efeitos anticoncorrenciais gerados pelos investimentos da Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica.

4.3.1. Da definição do mercado relevante

A Lei n. 8.884/94 introduziu na legislação brasileira a expressão "mercado relevante", cujo entendimento é imperioso para a determinação de qualquer hipótese de análise da concorrência. Isso porque, para que se analise qualquer menção à restrição da concorrência, domínio de mercado ou abuso de posição dominante, deve-se entender de qual concorrência está-se tratando²⁴⁰, possível a partir da definição do "mercado relevante" no caso concreto.

Sérgio Varella Bruna explica que o termo mercado relevante constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra *relevant*, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente²⁴¹.

Paula Forgioni, por sua vez, define mercado relevante como "aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado"²⁴². Finalmente, na esfera prática do CADE, tem-se a definição de mercado relevante no Guia de Análise, como "o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação"²⁴³.

Calixto Salomão Filho acrescenta essas definições ao afirmar que ela deve levar em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Segundo este autor, isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto "X", é necessário verificar (a) que produtos o consumidor vê como substitutos de "X" e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no

²³⁹ Análise prevista no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

²⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 231.

²⁴¹ BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.

²⁴² FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 231.

²⁴³ Guia de Análise. *Op. cit.* para. 29.

mercado de "X" para produzi-lo²⁴⁴. Para tanto, utilizar-se-ia o método dos aumentos hipotéticos de preços, quase unanimemente aceito (como o teste do "monopolista hipotético"²⁴⁵ indicado no Guia de Análise), em que se pode verificar se o consumidor substitui o produto "X" diante de um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preços. Assim, uma correta definição do mercado deve levar em conta necessariamente três dimensões: a dimensão dos produtos, a geográfica e a temporal²⁴⁶, sendo que esta última já está incluída na discussão das duas primeiras dimensões.

O Guia de Análise determina esse viés duplo de análise, que será seguido neste estudo, dispondo que o mercado relevante é determinado em termos dos produtos e/ou serviços que o compõem, isto é, dimensão do produto (3.3.1.1.), e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável, qual seja, a dimensão geográfica²⁴⁷ (3.3.1.2.).

4.3.1.1. Da dimensão do produto

O mercado relevante na dimensão do produto/ou material é definido por Paula Forgioni como "aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece"²⁴⁸. Neste sentido também caminha Luciano Sotero Santiago, para quem é possível obter tal definição a partir da resposta à seguinte questão: "quem são os concorrentes?"²⁴⁹. A resposta, para este autor, estaria na definição de todos os

²⁴⁴ SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108-109.

²⁴⁵ Explicação do teste do monopolista hipotético disposto no Guia de Análise, para 30. "Procedimento. O teste do "monopolista hipotético" consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. Em outras palavras, "o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado."

²⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 108.

²⁴⁷ Guia de Análise. *Op. cit.* para. 29.

²⁴⁸ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 241.

²⁴⁹ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Op. cit.* p. 112-115.

produtores (ou fornecedores de serviços) de bens substitutos próximos que ameacem aquele empresário²⁵⁰.

Quando da identificação desse mercado relevante, o que se vê, comumente, como estratégia de defesa de quem está sendo acusado de infração contra a ordem econômica ou na análise de um ato de concentração complexo, é a tentativa de ampliação dos limites do mercado relevante material, de forma a descaracterizar o seu poder econômico de repercutir nas condições de concorrência do mercado²⁵¹. Esta também tem sido a estratégia adotada pela Petrobrás. Interessada no setor, esta empresa se manifesta no sentido de que o mercado deveria ser definido como o de geração de energia elétrica, sem distinção de fontes geradoras, no âmbito nacional, isso porque, quanto mais amplo o mercado relevante, maior a sua chance de aprovar do ato de concentração.

Entretanto, o posicionamento da SEAE quanto à definição do mercado relevante concluiu pela existência de três segmentos distintos no setor de geração de energia elétrica: (i) geração de energia hidrelétrica, (ii) geração de energia termelétrica, e (iii) geração de energia eólica, o que modifica substancialmente as bases da análise concorrencial no mercado relevante.

A cadeia da energia elétrica apresenta quatro funções (geração, transmissão, distribuição e comercialização), que são distintas por suas próprias características, não existindo a possibilidade de substituição entre si, nem pelo lado da demanda, nem pelo lado da oferta. Mas quando se trata especificamente da geração, a SEAE se posiciona pela possibilidade de sua substituição tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta - o que não contradiz com a premissa acima por ser uma substituíbilidade interna à própria matriz de geração de energia, e não entre as quatro funções da indústria elétrica.

Para alcançar tal conclusão sobre a substituíbilidade entre as diversas fontes de geração, a SEAE oficiou empresas concorrentes no setor, clientes e fornecedores²⁵², e com base em tais respostas, enumerou as restrições existentes entre as três fontes geradoras de energia elétrica (hidrelétrica, termelétrica e eólica) - não considerada a importação por não ser espécie geradora nacional.

²⁵⁰ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.005799/2001-92.

²⁵¹ Esta estratégia de ampliação dos limites do mercado relevante material foi utilizada quando da aquisição da empresa Mate-Leão pela Coca-Cola, em que se argumentou que não haveria concentração a ponto de prejudicar a concorrência, já que o mercado em questão era o de bebidas não-alcoólicas (refrigerantes, sucos, isotônicos, águas de coco, águas e sucos em pó). Já a rival Pepsico contra-argumentou que o mercado ficaria bastante concentrado, já que o mercado em apreço era o de chás prontos para beber, que constitui nicho negócio diferenciado no qual poucas empresas atuantes podem exercer o poder de mercado.

²⁵² Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28.

As restrições à competição existentes entre as usinas hidrelétricas e termelétricas seriam as seguintes: (a) as hidrelétricas possuem maior capacidade geradora de energia (com exceção das Pequenas Centrais Hidrelétricas - PCHs), atingindo a faixa de dezena de milhares de megawatts produzidos. Enquanto isso as termelétricas geram de dezenas (a biomassa) a milhares (nucleares) de megawatts. Portanto, um fator restritivo ao uso de um ou outro tipo é a quantidade de energia produzida; (b) as usinas hidrelétricas são contratadas por quantidade de energia colocada à disposição do consumidor, enquanto as termelétricas por disponibilidade para a produção; (c) o tempo de construção de uma usina hidrelétrica é maior do que o de uma usina termelétrica, e dessa forma, podem as termelétricas ser contratadas para fornecer energia elétrica com uma menor antecedência; (d) o gasto com investimento na planta é maior em hidrelétricas do que em termelétricas, sendo que o gasto com combustível é inversamente oposto durante a operação; (e) as usinas hidrelétricas necessitam de uma área considerável para os reservatórios, enquanto as termelétricas podem ser construídas em pequenas áreas; (f) as usinas termelétricas têm a desvantagem de emitir gases que provocam o efeito estufa, por ser combustível fóssil, enquanto as hidrelétricas são fonte "limpa" de energia; (g) as usinas hidrelétricas são mais susceptíveis ao clima, pois dependem diretamente de chuva para a geração de energia.

Já as restrições existentes entre as hidrelétricas e as eólicas seriam estas: (a) o custo é muito elevado para a implantação de uma usina eólica, tendo em vista a necessidade de importação de tecnologias, e adicionado à dependência das condições de vento esperadas, eleva-se o custo da energia eólica; (b) o pequeno impacto ambiental causado pelas eólicas é contraposto às graves consequências geradas pelos alagamentos para represas e à dificuldade para a obtenção de licenças das hidrelétricas; (c) as usinas eólicas são contratadas por disponibilidade enquanto as hidrelétricas o são por quantidade produzida.

Finalmente quanto à competição entre as usinas termelétricas e eólicas, tem-se as seguintes restrições: (a) o custo da energia eólica é mais elevado do que aquele da energia térmica; (b) as usinas eólicas são ambiental e socialmente mais bem aceitas por não produzirem gases estufa, ao contrário do que ocorre com as termelétricas; (c) o fator localização é favorável às termelétricas, pois podem ser localizadas mais próximas aos locais de consumo, evitando custos com a transmissão de energia.

Com base nessas informações a SEAE concluiu que o setor de geração de energia elétrica possui esses três segmentos distintos, o que representa a adoção de um critério bem mais restritivo, do qual o CADE vem se utilizando a fim de analisar a operação no caso mais extremo.

Foi o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia quem analisou mais detidamente essa questão²⁵³. Concordando apenas parcialmente com o parecer da SEAE, este conselheiro sustentou a inexistência de substituíbilidade pela ótica da demanda, visto que tanto as distribuidoras quanto os consumidores finais não têm liberdade de escolha quanto à fonte geradora em um ambiente regulado²⁵⁴. Em ACR²⁵⁵ as distribuidoras de energia não podem escolher a matriz contratada, estando hidrelétricas e termelétricas integradas em um sistema de despacho²⁵⁶ centralizado no SIN²⁵⁷. Elas também são obrigadas a contratar com todos os empreendimentos vencedores do leilão pelos preços ali definidos, sendo que esta definição depende de diretrizes do ONS²⁵⁸, e não delas próprias. Os consumidores conectados às distribuidoras, conseqüentemente, também não têm opção de consumo de energia elétrica quanto ao tipo de fonte geradora, o que exclui a possibilidade de existir substituíbilidade entre as fontes geradoras pela ótica da demanda.

No que se refere à substituíbilidade do lado da oferta, concordou o referido Conselheiro com o novo posicionamento da SEAE. Afirmou que, neste âmbito, a fonte geradora é determinante não apenas para a fixação de preços, quantidades e prazos contratados, mas também para a própria forma de contratação, que diverge substancialmente em se tratando de geradoras hidrelétricas e a partir de outras fontes (em especial, termelétricas). Isso porque, segundo informações da CCEE²⁵⁹, existem diferenciações quanto às características das usinas termelétricas e hidrelétricas em sua forma de contratação, na medida em que as hidrelétricas possuem contratos de quantidade de energia, cujos custos decorrentes dos riscos são dos vendedores e o prazo de duração é de 30 anos (inciso I do art. 28 do Decreto n. 5.163/04), enquanto as termelétricas possuem contratos de disponibilidade de energia, cujos custos decorrentes dos riscos são dos compradores e o prazo de duração é de 15 anos de duração (inciso II do art. 28 do Decreto n. 5.163/04).

Adicionalmente, no contexto dos leilões de energia elétrica, duas situações comprovam a existência de diferenças concorrenciais entre os tipos de fontes geradoras sob a ótica da oferta. A primeira diz respeito ao momento de oferta da energia, já que, primeiramente, realiza-se a etapa "hídrica", onde concorrem os empreendimentos hidrelétricos na modalidade de fornecimento por quantidade de energia, e apenas posteriormente é que concorrem os leilões por

²⁵³ Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28.

²⁵⁴ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.012953/2007-78.

²⁵⁵ ACR - Ambiente de Concentração Regulada.

²⁵⁶ O despacho é uma espécie de coordenação do sistema interligado. Pelo Sistema Interligado Nacionais (SIN) é possível adquirir energia elétrica de qualquer empresa participante em qualquer ponto do país, vez que este sistema cobriu todo o país e permitiu às diferentes regiões permutarem energia.

²⁵⁷ SIN - Sistema Integrado Nacional.

²⁵⁸ ONS - O Operador Nacional do Sistema Elétrico.

²⁵⁹ CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

"outras fontes", na modalidade de fornecimento por disponibilidade do empreendimento. A segunda situação que comprova essa diferenciação tem fundamento na Portaria n. 97 de 26 de abril de 2006 do MME²⁶⁰, em que são definidas as características do leilão. As informações a serem prestadas por cada tipo de fonte geradora é diversa, pois para a oferta hidrelétrica há que se especificar preço de lance, enquanto que para a oferta termelétrica há que se informar a receita fixa relativa à quantidade ofertada.

Mesmo tendo o Conselheiro Chinaglia discordado quanto à análise da substituíbilidade sob a ótica da demanda, o CADE vem definindo o mercado relevante na dimensão do produto por fonte geradora²⁶¹, por ser o cenário mais restritivo possível. Assim, adotar-se-á aqui também essa linha de raciocínio, considerando o mercado relevante, sob a ótica do produto, aquele de geração de energia por fonte termelétrica.

4.3.1.2. Da dimensão geográfica

O Guia de Análise do CADE dispõe que o mercado relevante na sua dimensão geográfica pode ser compreendido como a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva²⁶².

Paula A. Forgioni, por sua vez, diz que "identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas". Ele pode, então, ser compreendido como área no qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos: (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área, ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares²⁶³.

Finalmente, segundo a didática de Luciano Sotero Santiago, a dimensão geográfica seria encontrada ao se responder a seguinte pergunta:

²⁶⁰ MME - Ministério de Minas e Energia. O anexo de Sistemática para os Leilões de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos de Geração, item 2.9, parágrafo LVII Portaria n 97, de 26 de abril de 2006, do Ministério de Minas e Energia, diz: "2.9. Durante todo o leilão o lance deverá conter as seguintes informações: a) identificação do empreendimento; b) quantidade de lotes; c) preço de lance, para a oferta hidro, ou receita fixa - RF, relativa a quantidade ofertada, para a oferta termo. (grifo nosso)".

²⁶¹ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012. 010102/2009-52 e 08012. 000427/2010-61.

²⁶² Resolução n. 15 do CADE.

²⁶³ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 239-240.

"onde estão os concorrentes?"²⁶⁴. Para este autor, a resposta estaria na abrangência da localização física desses concorrentes²⁶⁵.

O sistema elétrico brasileiro é composto por uma rede de transmissão interligada, o SIN²⁶⁶, que é dividido em quatro subsistemas regionais que correspondem a 98% do mercado de energia elétrica²⁶⁷. Os quatro subsistemas que o compõem são Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Norte, Nordeste, e uma definição pela dimensão geográfica pode ser tanto mais restritiva quanto mais ampla, dependendo da escolha de um subsistema ou do sistema nacional, respectivamente.

Segundo a ANEEL, em posicionamento corroborado pelo Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, não há justificativas para a segmentação do mercado por subsistemas, uma vez que, no ACR²⁶⁸, o vendedor celebra contrato com todas as distribuidoras que demandarem energia junto ao MME²⁶⁹ e estas celebram com todos os empreendimentos vencedores do leilão, e que no ACL²⁷⁰ também não existiriam restrições à venda de energia entre diferentes submercados²⁷¹.

Apesar da SEAE ter dado pareceres sustentando uma definição por subsistemas na dimensão geográfica do mercado relevante e do CADE ter aprovado estes pareceres²⁷², tal definição não é pertinente para estudo a ser feito neste paper. Não se avalia aqui uma operação específica inserida em um determinado subsistema, mas sim a participação total da Petrobrás no mercado nacional de geração de energia termelétrica. Diante disso, o mercado relevante sob análise será definido como o mercado de geração de energia termelétrica (na visão mais restritiva), na dimensão do sistema nacional (para fins deste estudo).

²⁶⁴ SANTIAGO, Luciano Sotero. *Op. cit.* p. 115.

²⁶⁵ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012. 005799/2001-92.

²⁶⁶ SIN – Sistema Interligado Nacional.

²⁶⁷ A existência de subsistemas regionais se justifica pela presença de restrições técnicas de transporte de carga existentes no SIN, dada à extensão do território nacional. Os subsistemas são conectados por grandes troncos de transmissão, através dos quais fluem blocos de energia gerados em cada subsistema, ou seja, a operação interligada dos subsistemas permite que áreas deficitárias (geração menor que a demanda) recebam energia de áreas superavitárias (geração maior que a demanda), sendo que ao longo do ano podem ocorrer inversões de fluxo para propiciar a operação otimizada. Ato de concentração submetidos ao CADE: 08012. 012953/2007-78.

²⁶⁸ ACR- Ambiente de Contratação Regulado.

²⁶⁹ MME – Ministério de Minas e Energia.

²⁷⁰ ACL - Ambiente de Contratação Livre.

²⁷¹ Ato de concentração submetidos ao CADE: 08012. 012953/2007-78; 08012. 002533/2007-83; 08012. 007775/2007-63; e 08012.001869/2009-91.

²⁷² Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.001869/2009-91.

4.3.2. Da determinação da parcela de participação de mercado da Petrobrás

Uma vez definida qual é a concorrência de que estamos tratando, qual seja, a existente no mercado nacional de geração de energia termelétrica, cumpre determinar o percentual do mercado relevante em que se tem participação da Petrobrás, uma vez que há uma aproximação quase intuitiva da parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado²⁷³. O cálculo desta parcela de mercado permite identificar se a operação em análise dará ou não às empresas envolvidas o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta para exercer poder de mercado²⁷⁴.

Nas palavras de Hovenkamp, "poder de mercado é o poder de aumentar os preços acima dos níveis competitivos sem perder vendas suficientes que tornem esse aumento não lucrativo"²⁷⁵. Por isso é que, comumente, a análise sobre a estrutura do mercado relevante se baseia no critério da parcela de mercado, na medida em que constitui um forte indício (embora não suficiente) para detectar a existência ou não de posição dominante. Assim, reina a presunção (relativa, obviamente) de que, quando um agente econômico detém parcela substancial do mercado, do anglicismo *market share*, ele possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente, ou seja, possui *market power*.

Esta também é a didática adotada pela Lei Antitruste brasileira, que, em princípio, considera possível ser o poder econômico de uma empresa determinado pela parcela do mercado relevante que controla. Desta feita, com base no §3º do art. 20, da Lei n. 8.884/94²⁷⁶, presume-se a existência de poder de mercado quando a participação de mercado supera 20%, sendo que este percentual pode ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Neste contexto, calcular-se-á a participação de mercado da Petrobrás com base em todas as firmas que fazem parte do mercado relevante definido na etapa anterior.

²⁷³ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 331.

²⁷⁴ Para. 37. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias no 06/COGEN/SEAE/MF.

²⁷⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994. p. 79. "Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its products. (...) More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable" (tradução livre).

²⁷⁶ Art. 20, § 3º da Lei 8.884/94. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia

Dados da ANEEL apresentam a capacidade instalada total dos empreendimentos de geração termelétrica em operação no nível de 21.464.239 Kw²⁷⁷. Sabe-se também que as empresas do Sistema Petrobrás possuíam, até 2007, aproximadamente 5.223 Mw de capacidade instalada em empreendimentos termelétricos, mas esse total, no SIN, já se elevou para 6.736.833 Kw no ano de 2008²⁷⁸. Aplicando simples regra de três, conclui-se pela existência de uma parcela de 31,4% do mercado relevante detida pelas empresas do Sistema Petrobrás.

Está-se diante, portanto, de uma participação de mercado de aproximadamente 31% da Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica no Brasil. Nessa monta, já poderia ser presumido o poder de mercado detido pela Petrobrás, vez que seu *market share* supera em mais de 10% o nível legal. Adicione-se, neste ponto, que seria importante (apesar de não ser incluído no escopo deste artigo) considerar as participações acionárias minoritárias das empresas do Sistema Petrobrás em termelétricas, vez que estudos econômicos vêm demonstrando que a ligação entre duas empresas por participação acionária minoritária, mesmo que passiva²⁷⁹, pode produzir efeitos anticompetitivos, unilaterais e coordenados, indesejados na ordem econômica.

²⁷⁷ Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28. Ressalte-se que o valor de capacidade instalada no mercado de termelétricas que leva em consideração a soma dos tipos de combustível, ou seja, a soma da capacidade instalada de gás, petróleo, biomassa e carvão mineral, referente apenas às usinas em operação. Essa potência é dividida nos subsistemas da seguinte maneira: Norte/Nordeste, incluindo o sistema isolado, corresponde a 6.655.355 KW, enquanto a potência instalada no Sul/Sudeste/Centro Oeste é de 15.080.152 KW.

²⁷⁸ Site da ANEEL. Também vide Nota técnica da SEAE (acesso em 21 de julho de 2008): <http://www.cade.gov.br/ASPIntranet/temp/t73120081003106725.pdf>.

²⁷⁹ Questiona-se o fato de que o acionista minoritário, mesmo que passivo, tem acesso a informações sensíveis da companhia, como aquelas relativas a preço, custos e estratégias futuras. Ademais, a ligação financeira entre elas, através do lucro gerado, tende a reduzir os incentivos à competição e a incentivar condutas conjuntas para a maximização dos lucros. Assim, a empresa investidora tende a ter menos incentivo para competir contra a companhia em que investe. As participações acionárias ativas podem se dar de três maneiras: a primeira situação se dá quando a posse acionária parcial garante o direito de indicar mais de metade dos membros dos órgãos da administração (por exemplo, através das vantagens políticas detidas pelas ações preferenciais), ou quando as demais parcelas de acionistas estão dispersas entre vários investidores não coordenados, e a parcela minoritária torna-se controladora das decisões empresariais. A segunda situação de controle pelo acionista minoritário se dá quando o estatuto requer maioria qualificada para a decisão de certas questões estratégicas. O detentor de posse parcial não tem poder direto, mas pode exercer controle negativo pelo bloqueio da decisão. E a terceira situação acontece quando o acionista minoritário tem o controle conjunto das decisões da empresa, seja porque o próprio Estatuto Social determina a influência dos acionistas minoritários nas decisões da companhia; seja por acordo entre todos os sócios; ou então por acordo entre dois ou mais acionistas minoritários que, juntos, representam maioria dos direitos votantes, e decidem exercer de forma conjunta os seus direitos perante a empresa. O'BRIEN D. P., SALOP. S.C. *Competitive effects of passive minority equity interests: reply. Antitrust Law Journal*. Vol. 69. 2000. p.661-665

Entretanto, nem sempre um elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Existe, portanto, a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é apto a lhe assegurar a posição dominante. Para verificar essas outras variáveis é que a próxima etapa da análise de um ato de concentração examina a probabilidade do exercício do poder de mercado.

4.3.3. Exame da probabilidade do exercício de poder de mercado

Uma vez determinada a parcela de mercado detida pelo agente econômico, cumpre averiguar se a estrutura de mercado impede que uma determinada empresa, com parcela de mercado supostamente elevada, majore seus preços²⁸⁰. Para tanto, examina-se a ocorrência de importações e/ou a viabilidade de importar, a entrada e/ou a possibilidade de entrarem novos competidores no mercado, além do grau de efetividade da competição entre a empresa e seus rivais, indicadores da probabilidade do exercício do poder de mercado²⁸¹.

O primeiro indicador (ocorrência de importações e/ou a viabilidade de importar) diz que quanto maior a participação das importações e/ou a possibilidade importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido²⁸². O segundo (entrada e/ou possibilidade de novos competidores) dispõe que o exercício do poder de mercado será considerado improvável quando a entrada for "provável"²⁸³, "tempestiva"²⁸⁴ e "suficiente"²⁸⁵, sendo importante analisar as barreiras à entrada²⁸⁶, que quanto mais elevadas forem, diminuem as chances de entrarem outros competidores no mercado relevante. Já o terceiro indicador (grau de efetividade da competição entre a empresa e seus

²⁸⁰ Para. 38. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias no 06/COGEN/SEAE/MF.

²⁸¹ Guia para Análise, paras. 39-69.

²⁸² Adicionalmente, há que se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazos razoáveis, em resposta a um "pequeno mas significativo e não transitório aumento de preços".

²⁸³ A entrada é provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. Guia para Análise, para. 46.

²⁸⁴ A entrada é tempestiva se realizada dentro do prazo de 2 (dois) anos. Guia para Análise, para. 47.

²⁸⁵ A entrada é suficiente quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial. Guia para Análise, para. 48.

²⁸⁶ Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem em relação aos agentes econômicos estabelecidos. Guia para Análise, para. 52.

rivals) determina que quanto maior a rivalidade, menor é a probabilidade de exercício do poder de mercado.

No setor de energia elétrica, a probabilidade de exercício de poder de mercado era mensurada diretamente a partir da parcela do mercado relevante detida pelo agente econômico. Essa era a didática da Resolução ANEEL 278 de 19 de julho de 2000, que estabelecia limites e condições para participação dos agentes econômicos nas atividades do setor. Regulamentava o seu art. 3º que um agente econômico não poderia deter participação na capacidade instalada do sistema elétrico (i) nacional, (ii) das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste e (iii) Norte e Nordeste superiores, respectivamente, a (a) 20%, (b) 25% e (c) 35%, pois acima disso seria presumido o exercício do poder de mercado.

Em 6 de fevereiro de 2007, entretanto, este quadro se modificou em face da Resolução Normativa ANEEL 252, que revogou o art. 3º da Resolução ANEEL 278²⁸⁷. Esta revogação foi resultado de acirrada discussão acerca da necessidade ou não de se estabelecer limites percentuais *per se* de participação de mercado no setor elétrico. Naquele momento discutia-se a possibilidade de uma transferência acionária para a Eletrobrás, atuante no setor de energia elétrica, pois a operação resultaria em participação de mercado superior ao nível legal estabelecido. A ilustração desse caso é interessante para avaliar os fundamentos da decisão.

Naquele processo, a Procuradoria da ANEEL observou que com a nova conformação do mercado de comercialização de energia elétrica, dada pela Lei n. 10.848/04, não se verifica o exercício de posição dominante por parte de um gerador. Isso porque a referida lei restringiria demasiadamente a livre comercialização de energia com as concessionárias de distribuição, obrigando-as a comprar energia em ACR²⁸⁸, onde as operações de compra e venda de energia se dariam por meio de leilões, sendo também estabelecidos limites de repasse às tarifas dos consumidores finais. Assim, neste modelo implementado em 2004, teriam sido estabelecidos mecanismos que, por si só, garantiriam que a comercialização de energia no ambiente regulado não se desse por meio de práticas anti-competitivas e que traduzissem prejuízo ao consumidor final²⁸⁹.

Além disso, a própria Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração da ANEEL entendeu que a exclusão de empresas com maior parcela de participação de mercado (como era Eletrobrás e é, na atualidade, a Petrobrás) e de suas controladas no processo de expansão da capacidade instalada do Brasil não seria do interesse do poder concedente, bem como não contribuiria para alcançar os objetivos do novo Modelo Institucional do

²⁸⁷ Resolução Normativa ANEEL 252, de 6 de fevereiro de 2007, que revogou a Resolução ANEEL 278, de 19 de julho de 2000.

²⁸⁸ ACR – Ambiente de Contratação Regulado.

²⁸⁹ Voto de vista no Processo de nº. 48500.00082/2006-65, da ANEEL. Notas explicativas na Resolução 252, de 6 de fevereiro de 2007.

Setor Elétrico²⁹⁰. Por esses motivos se concluiu que os limites previamente definidos à participação de mercado poderiam ter o efeito de desencorajar investimentos em expansão de capacidade no setor. Isso porque uma empresa de geração, ou um grupo econômico dotado de controle sobre empresas de geração, por exemplo, que tivesse participação próxima aos limites impostos, não teria incentivos para aumentar sua oferta ou adotar tecnologias mais eficientes, pois saberia que qualquer incremento em sua capacidade a obrigaria a alienar parte de seus ativos. A ausência desse investimento provocaria um retardamento na expansão de capacidade, o que geraria efeitos nocivos a médio e longo prazo para o consumidor de energia (como, por exemplo, a escassez de fornecimento de energia elétrica, resultando em um novo “apagão”), considerado mais grave do que uma concentração de mercado acima dos níveis propostos.

Toda essa fundamentação pode e deve ser aplicada ao presente estudo. Poderia a simples avaliação percentual da parcela detida pela Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica, por si só, ser considerada como método confiável para se definir a probabilidade do exercício do poder de mercado? Entendo que não, e a revogação da Resolução ANEEL 278 confirma essa posição.

No setor elétrico vigora atualmente a Lei n. 10.848/04, que inseriu regras e procedimentos transparentes para as operações e submeteu-as à tutela das entidades reguladoras no mercado, a ANEEL²⁹¹, o MME²⁹², o ONS²⁹³, a CCEE²⁹⁴, a EPE²⁹⁵, a CMSE²⁹⁶ e a CNPE²⁹⁷, que deram nova dinâmica ao mercado de comercialização de energia elétrica. Assim, nesse ambiente submetido ao controle dos órgãos regulatórios, não se verifica possível, pelo menos em princípio, o exercício da posição dominante por parte de um gerador, mesmo em percentuais elevados como o de 31,4% detido pela Petrobrás.

Ademais, no que se refere ao receio referente à verticalização²⁹⁸ (decorrente do fornecimento de gás natural pela Petrobrás às próprias usinas termelétricas que o utilizam como insumo), verifica-se, novamente, que o modelo regulatório do setor inviabiliza o exercício do poder de mercado. A possibilidade de adoção de estratégias exclusionárias mediante o fechamento de mercado depende diretamente da possibilidade de aumento de preços no mercado a

²⁹⁰ Os objetivos do novo Modelo Institucional do Sistema Elétrico Brasileiro são: (a) garantir a segurança de suprimento de energia elétrica; (b) promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; (c) e promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento.

²⁹¹ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

²⁹² MME – Ministério de Minas e Energia.

²⁹³ ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico.

²⁹⁴ CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

²⁹⁵ EPE – Empresa de Pesquisa Energética.

²⁹⁶ CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico.

²⁹⁷ CNPE – Conselho Nacional de Política Energética.

²⁹⁸ As razões dessa preocupação foram expostas acima, em 3.2.

jusante²⁹⁹. Essa possibilidade, entretanto, é inexistente no mercado de geração de energia elétrica, ou em cenário ainda mais restrito, o da matriz termelétrica, pois a regulação setorial desenvolveu mecanismos eficazes para impedir o aumento abusivo de preços pelos geradores no ACR³⁰⁰, responsável por cerca de 75% da energia comercializada no Brasil.

Um desses mecanismos, por exemplo, foi implementado pelo Decreto n. 3.371/00, que ao instituir o Programa Prioritário de Termelétricas previu como incentivos aos potenciais investidores a garantia de suprimento de gás natural pelo prazo de até 20 anos, a garantia de aplicação do valor normativo a distribuidora de energia elétrica, pelo mesmo prazo, além da garantia de acesso ao programa de apoio financeiro do Banco Nacional do Desenvolvimento. Tendo a Portaria do MME n. 43 de 25 de fevereiro de 2000 indicado a Petrobrás para o suprimento desse gás natural às termelétricas do programa governamental, determinou ainda que por até 20 anos o insumo seria comercializado a um preço fixo em dólar e reajustado trimestralmente ou anualmente, dependendo da escolha feita pelo investidor. O exercício do poder de mercado se mostra, portanto, improvável, pelo menos nos 20 anos de vigência do contrato sob estes termos.

Outro fato que inviabiliza o exercício desse poder de mercado é que o mercado de gás natural é exaustivamente regulado por outra agência reguladora, a ANP. Isso porque a agência monitora regularmente os preços praticados e também porque a Petrobrás publica trimestralmente em seu website eletrônico os preços praticados no fornecimento de gás natural, e essa prática dificulta uma eventual discriminação de preços, na medida em que há fiscalização das práticas da empresa por todos os agentes econômicos interessados³⁰¹.

Diante disso, é possível concluir que a Petrobrás, apesar de ter uma razoável participação no mercado nacional de geração de energia termelétrica (aproximadamente 31%), não é capaz de exercer esse seu poder de mercado para eventualmente praticar condutas abusivas. Seja sob a ótica horizontal, seja pela vertical, os mecanismos instituídos pelo novo modelo do sistema regulatório brasileiro, introduzidos a partir de 2004, inviabilizam uma probabilidade de exercício desse poder de mercado.

Há que ressaltar, por fim, que o CADE vem decidindo pela aprovação dos atos de concentração sob o argumento de que a variação no percentual de concentração de mercado é mínima e não gera prejuízos à concorrência (enquadra-se a operação como "baixa participação de mercado", de acordo com os critérios estabelecidos no art. 6º da Portaria SEAE/SDE n.1/2003). Ora, caso este fosse, verdadeiramente, o argumento a ser utilizado, ter-se-ia que

²⁹⁹ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.007960/2007-58.

³⁰⁰ ACR – Ambiente de Contratação Regulado.

³⁰¹ Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002953/2007-78.

ficar atento às pequenas variações na participação no mercado que, realizadas milhares de vezes (como vem procedendo a Petrobrás), resultariam em uma grande variação percentual, observável pelo SBDC³⁰² e ameaçadora à concorrência. O que se deve levar em consideração, portanto, como fundamento para a aprovação das operações é a existência de um sistema regulatório bem estruturado e que instituiu mecanismos que inviabilizam o exercício do poder de mercado por um gerador de energia elétrica.

Diante dessa improbabilidade do exercício do poder de mercado pela Petrobrás, a concentração econômica ora estudada recebe parecer favorável e a análise das etapas IV e V previstas no Guia de Análise fica obstada.

5. CONCLUSÃO

O setor da energia elétrica no Brasil sofreu ao longo da história uma reestruturação institucional que remodelou suas bases e fortaleceu o modelo regulatório. A ANEEL, entidade reguladora do setor, interage com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, participando ativamente da análise dos atos de concentração que envolvem empresas de energia elétrica. A Petrobrás, agente econômico com participação crescente no segmento de geração de energia elétrica, especialmente termelétrica, foi alvo desse estudo sobre as possíveis consequências anticoncorrenciais de sua presença nesse mercado. Tendo sido definido o mercado relevante como o de geração de energia termelétrica no âmbito nacional e a sua participação de mercado no nível de 31%, frisou-se que esse valor não poderia mais ser considerado um indício de presunção *per se* do exercício do poder de mercado. Outros fatores deveriam, portanto, ser analisados. Diante disso, averiguou-se que as novas regras estabelecidas ao setor de geração de energia elétrica instituíram procedimentos transparentes que inviabilizam a imposição de condutas abusivas no âmbito vertical e o exercício do poder de mercado na linha horizontal por empresas geradoras de energia elétrica. Isso posto, o presente trabalho, consistente no estudo da regulação e da concorrência no setor de energia elétrica, especificamente analisando a concentração econômica gerada pelos investimentos da Petrobrás em termelétricas, defende a tese da improbabilidade do exercício do poder de mercado por parte desta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica, graças às regras e procedimentos estatuídos pelo modelo regulatório vigente.

³⁰² SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, Washinton Peluso. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ARAÚJO JR, José Tavares de. *Regulação e concorrência em setores de infraestrutura*. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional, 2005.

BAHIENSE, Daniella Azeredo. *Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e Descentralização de suas Atividades de Regulação*. Projeto de Dissertação. Salvador: UFBA/CME, 1999.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

LEOPOLDINO, João Bosco. *Regulação e concorrência*. Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional

LEOPOLDINO, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência – comentários à legislação antitruste*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

O'BRIEN D. P., SALOP. S.C. *Competitive effects of passive minority equity interests: reply*. Antitrust Law Journal. Vol. 69. 2000.

ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VISCUSI, W. Kip. HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. London: MIT Press, 2005.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.004550/1999-11.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.002559/2000-55.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.005799/2001-92.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.006066/2003-37.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.007591/2003-70.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.000089/2006.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.002569/2006-86.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.007775/2007-63.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.007960/2007-58.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.002953/2007-78.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.002533/2007-83.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012. 010102/2009-52

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.001869/2009-91.

BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012. 000427/2010-61.

BRASIL. CADE. Pedido de reconsideração do auto de infração 01/01.

BRASIL. CADE. Processo administrativo: 08012.000677/1999-70.

BRASIL. CADE. Recurso voluntário 08700.000716/2005-44.

BRASIL. ANEEL. Processo de n. 48500.00082/2006-65.

BRASIL. Lei nº 8.631/1993, que dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida.

BRASIL. Lei nº 8.884/1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

BRASIL. Lei nº 9.074/1995, que regulamentou a legislação anterior no que diz respeito ao mercado de energia.

BRASIL. Lei nº 9.427/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica.

BRASIL. Lei nº 9.648/1998, que autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras e de suas subsidiárias.

BRASIL. Lei nº 9.991/2000, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.433/2002, que dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.438/2002, que dispõe sobre expansão da oferta de oferta de energia elétrica emergencial e outros assuntos.

BRASIL. Lei nº 10.847/2004, que autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética.

BRASIL. Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.871/2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras.

BRASIL. Lei nº 12.111/2009, que dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 2.335/1997, que estabelece as diretrizes da ANEEL, suas atribuições e estrutura básica, bem como o princípio da descentralização que permite à agência reguladora estender sua ação aos mais diversos pontos do País.

BRASIL. Decreto nº 2.655/1998, que regulamenta o MAE e define regras de organização do ONS e trata do MRE.

BRASIL. Decreto nº 3.371/2000, que institui no âmbito do Ministério de Minas e Energia, o Programa Prioritário de Termoeletricidade.

BRASIL. Decreto nº 5.163/2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica; o processo de outorga de concessões de autorizações de geração de energia elétrica.

BRASIL. Decreto nº 5.177/2004, que regulamenta os artigos 4º e 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e dispõe sobre a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

BRASIL. Decreto nº 5.184/2004, que dispõe sobre a Empresa de Pesquisa Energética.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 022/1999.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 278/2000.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 252/2007.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 334/2008.

BRASIL. Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349, modificado pelas Resoluções nº 267/2001 e 116/2004 e 249/2007.

BRASIL. Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008.

Concentração e energia elétrica. Cadernos Jurídicos da Eletricidade. N. 13. Belo Horizonte Instituto de Direito da Eletricidade, 1973.

BRASIL. Guia Prático do CADE – A defesa da Concorrência no Brasil. 3ª Ed. Coleção CIEE.

BRASIL. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

BRASIL. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias da SEAE.

BRASIL. Relatório Anual 2007 da Petrobrás.