



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A MODERNIZAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO
BRASILEIRO E A SUA REGULAÇÃO PARA
PREVENIR ABUSOS DE MERCADO**

por

BRENDA BRAGA RÜHLE

**ORIENTADOR: PEDRO PAULO SALLES
CRISTÓFARO**

2019.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO – BRASIL

A MODERNIZAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO E A SUA REGULAÇÃO PARA PREVENIR ABUSOS DE MERCADO

por

BRENDA BRAGA RÜHLE

Monografia apresentada ao Departamento
de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Pedro Paulo Salles Cristófar

2019.2

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às minhas filhas Lara e Stella, razões do meu viver. Ao Alex, meu marido, pela compreensão, paciência e companheirismo. Ao meu pai, Sérgio Braga, sempre presente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus professores da PUC-Rio, em especial ao meu orientador Pedro Paulo Salles Cristófar, pelos ensinamentos, flexibilidade e confiança.

Agradeço à minha família, amigos e colegas (de trabalho e sala de aula) que fizeram parte desta caminhada junto comigo.

RESUMO

RÜHLE, Brenda Braga. **A Modernização do Setor Elétrico Brasileiro e a sua Regulação para Prevenir Abusos de Mercado**. Rio de Janeiro: 2019: 69p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Este trabalho versa sobre a questão da energia elétrica no Brasil no que diz respeito ao risco de manipulação de mercado por parte dos agentes que comercializam o produto no mercado livre. O Setor Elétrico Brasileiro (SEB) está passando por (mais uma) ampla reforma atualmente que visa, principalmente, a abertura de mercado aos consumidores que hoje ou são cativos, ou seja, só podem adquirir energia da sua distribuidora local, ou são especiais, aqueles que podem escolher seu fornecedor de energia porém limitados a adquirir energia de fontes renováveis. Juntamente com a abertura de mercado o projeto de modernização do governo pretende lançar as bases regulatórias, operacionais e comerciais para sustentar tal mudança que deve permitir com que o consumidor exercite uma gestão mais ativa do seu consumo de energia. A expectativa do governo brasileiro em relação ao projeto, que traduz a finalidade da prestação do serviço público energia elétrica, é levar energia elétrica aos consumidores de forma competitiva, zelando pela sustentabilidade da expansão, com a promoção da abertura de mercado e a eficiência na alocação de custos e riscos. Nossa contribuição é elucidar como efetuar a abertura de mercado de modo que a manipulação do mercado seja evitada.

Palavras-Chave: Setor Elétrico Brasileiro; mercado livre de energia; abertura de mercado de energia elétrica; poder de mercado; manipulação de mercado; compliance; regulação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. SOCIEDADE E ESTADO	11
1.1. O que constitui uma Sociedade	11
1.2. O surgimento, as características e a finalidade do Estado.....	14
2. O ESTADO E A REGULAÇÃO	18
2.1. O Estado em Mutação	18
2.2 A Teoria da Regulação Estatal da Economia	22
2.3. As Formas de Atuação do Estado na Economia.....	25
3. A REGULAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	28
3.1. A Ordem Econômica no Brasil.....	28
3.1.2. O princípio da livre iniciativa.....	29
3.1.3. O princípio da valorização do trabalho humano	30
3.1.4. Demais princípios do art.170 da CF88	30
3.2. Histórico da Regulação no Brasil	33
3.2.1. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras	34
3.2.2. As Agências Reguladoras - seus Dilemas e Inconsistências	37
4. O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO E SUA REGULAÇÃO	44
4.1. Histórico do Setor Elétrico Brasileiro	44
4.2. A Atual Proposta de Modernização do Setor Elétrico	52
4.2.1. Formação de Preços por Modelo de Custo.....	52
4.2.2. Formação de Preços por Oferta	56
4.2.3. Modelo Híbrido Oferta-Modelo	59
4.2.4. O Exercício de Poder de Mercado na Formação de Preços	60
5. CONCLUSÃO.....	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Fluxograma do Funcionamento da Regulação.....	24
Figura 2: História das Constituições Brasileiras.	36
Figura 3: Campo Organizacional do Setor Elétrico	48
Figura 4: O Dilema do Operador Nacional do Sistema.....	53

“Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”.
Guimarães Rosa em Grande Sertão Veredas.

INTRODUÇÃO

Estar na hora certa no lugar certo é algo que não acontece com frequência. Certos fatores precisam estar em conjunção para que o necessário e suficiente aconteça.

Foi o que aconteceu entre o curso de Direito, a época da monografia, minha situação profissional e o momento por que passa o país.

Volto a atuar no setor elétrico na área de compliance de trading no momento em que concluo meu curso de Direito na PUC-Rio e que o governo brasileiro parece ter o ímpeto de realmente colocar em prática o que começou em 2017 com a Consulta Pública N° 33 e que promove uma reforma estrutural no setor.

Um dos temas da reforma – chamada de Modernização do Setor Elétrico – dentre as 16 elencadas, é a formação de preço. Atualmente o preço da eletricidade no Brasil é dado através de modelos computacionais que calculam custos marginais de operação baseados no regime hidrológico. Esses modelos foram criados em 1974 pela equipe do Centro de Pesquisas em Energia Elétrica (CEPEL) da Eletrobras. São esses modelos que o Operador Nacional do Sistema (ONS) utiliza para realizar o despacho centralizado das usinas hidrelétricas e termelétricas. Há muito já se fala que os modelos não mais refletem a operação do sistema elétrico do país porém, falta decisão política para ou melhorá-los ou desistir de usá-los. A partir de janeiro de 2021 o Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) passará a ser horário em vez de semanal. Essa data já foi janeiro de 2020 mas, as entidades que constituem o SEB decidiram postergar o aumento da granularidade para o cálculo do PLD – os agentes do setor não estavam seguros de que uma maior granularidade iria representar avanços na transparência do preço *spot*, já que os dados de entrada continuavam opacos e, ao que tudo indicava, longe de representar o mínimo da realidade do sistema.

Paralelamente à discussão do preço horário, existe a possibilidade de ou se melhorar os modelos, ou de se adotar um preço baseado em oferta ou se adotar um modelo híbrido. Isso porque, a abertura de mercado que se almeja ocorrer para 100% dos consumidores gerará uma outra configuração de mercado quiçá com uma liquidez que viabilize uma série de operações, inclusive o desenvolvimento de um mercado financeiro de energia elétrica com derivativos específicos, uma clearing house (em vez de as transações serem bilaterais como acontece atualmente, passariam ser feitas com uma contraparte intermediária e centralizadora que tomaria o risco e, óbvio, cobraria (caro) por isso).

Em mercados desenvolvidos como na Califórnia nos Estados Unidos, o primeiro estado federado a desregulamentar completamente o mercado de energia elétrica em grande escala, sofreu meses de corte de fornecimento de eletricidade. Hospitais e estações de tratamento de água e esgoto foram forçados a tomar decisões que poderiam ter consequências sérias sobre a saúde pública se viesse a ocorrer um blecaute. Os efeitos foram sentidos além dos consumidores de energia elétrica – uma das maiores distribuidoras do estado da Califórnia, a PG&E, decretou falência pois não conseguiu arcar com os altíssimos custos de aquisição de energia elétrica.

O Brasil está prestes a passar por outra onda de privatizações em massa e, uma das empresas que está na lista é a Eletrobrás. A gigante estatal detém um market share de 30% na geração de energia e 50% na transmissão de energia. Sua privatização pura e simples, somente levando em conta na arrecadação com a venda das ações da empresa, poderá trazer consequências futuras seriíssimas! A perda do controle dos rios mais importantes do país, os empregos de 7,5 mil pessoas (60% do efetivo de servidores no setor elétrico), a perda do patrimônio público que isto representa para a sociedade são algumas das perdas que irão afetar gerações.

Se, somado-se a isso, sobrevier o risco de se construir um arcabouço sem as devidas medidas protetivas para se evitar poder abusivo e manipulação do mercado, as perdas podem ser incalculáveis. Apesar de possuir um Sistema da Defesa da Concorrência conforme estabelecido na lei 12.529/2011 que inclui o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o *enforcement* jurídico dos crimes financeiros ainda não é uma realidade no país. A multa mais alta que o Conselho já aplicou por formação de cartel foi em infração envolvendo a indústria cimenteira (R\$3,1 bilhões) resultado de uma investigação que se iniciou em 2007. A multa foi estabelecida em 2014 mas, até hoje, o caso ainda se arrasta na Justiça – ainda não tendo havido nem o pagamento das multas nem a venda dos ativos determinada pelo CADE.

Seja qual for o modelo de formação de preços adotado pelo setor no futuro, em se concretizando a abertura do mercado, deve-se construir um arcabouço normativo-legal de forma a propiciar o seu adequado monitoramento, reporte, além das corretas e adequadas estruturas para que se estabeleça um ambiente o mais transparente possível para as negociações no mercado livre.

1. SOCIEDADE E ESTADO

1.1. O que constitui uma Sociedade

“O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional”. Com esta frase Norberto Bobbio (BOBBIO, 2004, p.74) sintetiza o papel do Estado como regulador dos indivíduos.

Fazendo coro ao contratualismo Hobbesiano, Bobbio coloca a existência do Estado como essencial para a preservação da vida em sociedade – “um poder visível que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza” que seriam, segundo Hobbes, o esforço pela paz “enquanto tiver esperança de alcançá-la; e quando não puder obtê-la deve buscar e utilizar todas as ajudas e vantagens da guerra”; e o consentimento,

“se os demais também concordam, e enquanto se considere necessário para a paz e a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, e a satisfazer-se, em relação aos demais homens, com a mesma liberdade que lhe for concedida com respeito a si próprio.” (DALLARI, 1998, p.9).

Obviamente que Hobbes advogava em favor do absolutismo, da personificação do Estado na figura do soberano cuja vontade era lei e a quem a desobediência seria injusta, mesmo que fizesse algo moralmente errado. Todas as suas ações seriam justificadas em nome do cumprimento dos seus objetivos e seu poder não poderia sofrer limitações.

As reações contrárias às ideias absolutistas de Hobbes vieram no século XVII, principalmente de Locke, que negava a existência do estado de natureza. Montesquieu e Rousseau adotaram posições semelhantes ao estado natural do homem pré-sociedade explicando-o, porém, de forma

inversa ao de Hobbes – a partir da sua inerente bondade o homem sentir-se-ia fraco e amedrontado, sempre inferior e acuado não estando pronto, portanto, para o ataque sendo a paz, assim, a primeira lei natural.

Rousseau afirmava que o direito à ordem social é sagrado e constitui a base de todos os demais direitos humanos sendo, no entanto, fundamentado em convenções e na vontade e não na natureza humana. Quando tal vontade se manifesta, através do contrato social, há uma alienação dos direitos individuais em nome do direito do todo e é neste ato de associação que é produzido um corpo único, moral e coletivo composto do conjunto de pessoas associadas que dá origem ao Estado dotado de uma soberania indivisível e inalienável.

Essa nova entidade que se forma possui vontade própria cuja resultante não é a soma das vontades individuais mas uma síntese delas que aponta para o bem comum e para a utilidade pública que se resumem em liberdade e igualdade.

“Ao se afirmar, portanto, que a sociedade humana tem por finalidade o bem comum, isso quer dizer que ela busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares. Quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência”. (DALLARI, 1998, p.13)

Para que se caracterize uma associação de pessoas como sociedade é necessário que alguns elementos estejam presentes – manifestações conjuntas reiteradas, permanentes, visando atingir uma finalidade social de forma ordenada produzidas de acordo com determinadas leis.

Vê-se que não é qualquer agrupamento que constitui uma sociedade – longe disso, a sociedade é o tipo mais inteligente de agrupamento. O professor titular de Direito da USP, Goffredo Telles Jr. (Telles Junior,

1971), partiu das estruturas subatômicas para explicar a origem das sociedades humanas na sua teoria do Direito Quântico –

“no estofo da matéria cósmica engendrou-se a matéria viva; a matéria viva engendrou a consciência, e a consciência, por sua vez, saindo do seu estado primitivo – estado em que ela não era muito mais do que instinto – se foi gradualmente desenvolvendo, em formas sempre mais organizadas da matéria viva, até se fazer inteligência racional, no ser pensante, propriamente humano”.

O Professor Telles Jr. descreveu os homens como partículas delimitadas de energia – objetos quânticos. Sendo assim, uma relação jurídica é sempre uma interação quântica e o Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas.

Ainda de acordo com o Prof. Telles Junior,

“nas sociedades dos irracionais (das abelhas, formigas, termitas, etc.) a defesa da espécie parece sempre ser o objetivo soberano. Desinteressada e indiferente mantém-se a comunidade, ante a sorte individual de seus componentes. Em verdade, nesses agrupamentos, os indivíduos são apenas parte de um todo e, em consequência, integralmente submetidos aos interesses da sociedade global. Na sociedade dos homens, porém, a inteligência submeteu a sociedade ao homem, isto é, fez da sociedade, um meio a serviço de cada ser humano. Nesses agrupamento, a sorte de seus componentes é o que sobretudo interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é instrumento de cada homem.”

A teoria quântica de Telles Junior faz muito sentido do ponto de vista físico-químico quando não há perturbações no sistema, ou seja, quando todas as variáveis internas encontram-se no seu nível basal ou nas Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNETP).

No entanto, quando variáveis externas estimulam as internas o sistema se desestabiliza e entram em cena o poder, a dominação, a vaidade, a vingança, o *stress* que despertam o instinto de sobrevivência.

Nas palavras de Montesquieu (De Secondat, 2001, p.5) no seu *Espírito das Leis*:

“falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também possua leis que, por sua natureza, são invariáveis, ele não obedece a elas com a mesma constância com a qual o mundo físico obedece às suas. A razão disto é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, por-tanto, sujeitos ao erro; e, por outro lado, é de sua natureza que eles atuem por si mesmos. Eles não obedecem, portanto, constantemente às suas leis primitivas; e aquelas mesmas leis que dão a si mesmos, não obedecem a elas sempre”.

1.2. O surgimento, as características e a finalidade do Estado

Quando os arranjos comunitários ultrapassam as fronteiras dos núcleos familiares que se unem com o objetivo de sustentar-se e defender-se, e tornam-se políticos, tem-se, para a maioria dos pensadores, o nascimento do Estado moderno propriamente dito.

“Para Vico, a primeira forma de Estado no sentido próprio da palavra é precedida pela forma bestial (associal) e pelo estado das famílias, que é um estado social mas não ainda propriamente político, e nasce quando, em seguida à revolta dos “fâmulos”, os chefes de família são obrigados a se unir e a dar vida à primeira forma de Estado, a república aristocrática.” (BOBBIO, 2007, p. 74)

Para Engels, o Estado nasceu como consequência do desenvolvimento caótico e desarranjado da sociedade, em que ela mesma

“se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas, para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos

colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder nascido da sociedade, mas posta acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.” (ENGELS, 1982, p. 191).

Mas, em realidade, o que é o Estado? É comum confundir Estado com governo, com Estado-nação, com o próprio país, com sistema político e com regime econômico. Quando é que se chega a uma forma de organização social que apresenta características tão diferentes em relação à anterior que merece uma nova denominação? E, diante disso, que dimensões devem ser avaliadas para se reconhecer uma sociedade com ou sem Estado? O Estado teria surgido com a sociedade civil? E quando surge a sociedade civil? Quando se passa da barbárie à civilização (*societas civilis* em oposição ao estado de natureza, ou seja, ao mesmo tempo não natural e não selvagem)? A resposta a esta última pergunta, segundo Rousseau (ROUSSEAU, 1997, p.87), é quando surge a propriedade privada, individual, em oposição à propriedade coletiva da *gens* dos Romanos, por exemplo.

“O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: ‘Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!’”.

Da propriedade individual nasce a divisão do trabalho e, a partir desse momento, a divisão de classes – dos que possuem a propriedade de bens além do seu próprio corpo e os que só possuem a si.

“É exatamente aqui, na concepção burguesa da propriedade, que se torna possível o trabalho assalariado: ao homem é dado o direito de usufruir e de usar seu próprio corpo, mas também lhe é dado, por essa concepção ampla de propriedade, o direito de dele dispor, trocar ou alienar. Em suma, sendo o trabalho de um homem propriedade sua, pode ele vendê-lo livremente em troca de salários. Portanto, o que constitui qualquer homem em sociedade, tenha ele bens além de sua pessoa ou não, é a sua participação no mercado”. (BRESCIANI, 1992, pp. 84 e 85).

Com a propriedade privada e a divisão do trabalho surge o excedente econômico que precisa ser apropriado por alguém – certamente pela classe detentora da propriedade da terra – e o Estado surge dessa necessidade e pode-se dizer que ele constitui “o aparato organizacional e legal que garante a propriedade e os contratos”. (BRESSER PEREIRA, 1995, p.2)

Nas palavras de Lenin (LENIN, 1977, p. 226):

“O Estado é o produto e a manifestação do antagonismo inconciliável das classes. O Estado aparece onde e na medida em que os antagonismos de classes não podem objetivamente ser conciliados. E, reciprocamente, a existência do Estado prova que as contradições de classes são inconciliáveis das classes”.

Uma outra corrente lógico-dedutiva, apoiada no contratualismo de Hobbes, na qual se inserem os jusnaturalistas até Rousseau e Kant, afirma que

“o Estado é o resultado político-institucional de um contrato social através do qual os homens cedem uma parte de sua liberdade a esse Estado para que o mesmo possa manter a ordem ou garantir os direitos de propriedade e a execução dos contratos. Nesta visão contratualista o Estado não é o produto histórico da evolução e complexificação da sociedade, mas a consequência lógica da necessidade de ordem”. (BRESSER PEREIRA, 1995, p.3)

As visões das duas correntes – a histórico-indutiva (da qual faz parte Engels que tem origem em Aristóteles, passando por Santo Tomaz de Aquino, Vico, Hegel e Marx) que demonstra que a necessidade de construção do Estado deriva do desenvolvimento da sociedade através das suas contradições, dos antagonismos que advém da divisão das classes sociais, sendo necessário, desta forma, uma organização social que alcance todo o território nacional (PEREIRA, 2001, p.07), e a lógico-dedutiva – podem-se dizer complementares na medida em que em ambas o Estado é uma estrutura política, uma forma de poder organizado que possibilita às classes dominantes apropriarem-se do excedente econômico.

A grande diferenciação do Estado em relação a outras organizações é ser dotado de um poder extroverso, é ser ele mesmo um poder e, conforme descreve Burdeau,

“no Estado o Poder reveste características que não encontramos alhures; seu modo de enraizamento no grupo lhe vale uma originalidade que repercute na situação dos governantes, sua finalidade o livra da arbitrariedade das vontades individuais; seu exercício obedece a regras que lhe limitam o perigo. Isso é suficiente, parece, para impedir confundir o Estado com uma diferenciação qualquer entre chefes e súditos.” (BURDEAU, 2005, p.1).

Esse poder político extravasa seus próprios limites organizacionais.

“O Estado torna-se maior do que o simples aparelho do Estado. Este aparelho, regulado pelo direito administrativo, e dividido em três poderes (legislativo, executivo e judiciário), é uma organização burocrática. O poder do Estado se exerce sobre um território e uma população, os quais não são propriamente elementos constitutivos do Estado, mas do estado-nação. Na verdade são os objetos sobre o qual se exerce a soberania estatal, ao mesmo tempo que a população, transformada em povo, de conjunto dos cidadãos, assume o papel de sujeito do próprio Estado”. (PEREIRA, 1995, p.4)

2. O ESTADO E A REGULAÇÃO

2.1. O Estado em Mutação

A ligação entre a legitimação do conceito de soberania, a partir da Paz de Vestfália em 1648, e a consolidação do Estado é consenso na academia em que pese toda a relativização em relação à origem histórica do Estado.

Uma das consequências dos tratados de Münster e Osnabrück é a posição dominante assumida pela França na Europa continental. O crescente enfraquecimento da igreja culmina na rejeição da autoridade universal papal, na separação entre igreja e Estado e na tolerância da liberdade religiosa em nome da paz social. Isso só foi possível com a solidificação das posições assumidas em relação à não interferência de Estados ou instituições externas/internacionais na soberania interna dos Estados.

Apesar do fortalecimento da noção de Estado, a figura do príncipe ainda detinha o maior poder – legitimado, por sua vez, pelo próprio Estado – e contribuiu para a extratificação ainda maior das sociedades e o acirramento das desigualdades sociais e das lutas de classe. Notadamente a divisão da França até a Revolução Francesa em 1789 em três estados – primeiro estado (bispos e alto clero); segundo estado (a nobreza, que detinha o poder militar e o poder jurídico) e terceiro estado (abrangendo desde os banqueiros e proprietários de terra até os camponeses ainda em condição servil numa economia ainda predominantemente agrária), onde os dois primeiros eram detentores de privilégios (como pagamento de impostos dos que viviam e trabalhavam em suas propriedades, isenções de impostos em relação ao Estado, pensões pagas a eles pelo Estado, as nomeações de cargos eclesiásticos e estatais, etc.) e ao terceiro cabia arcar com os custos dos privilégios dos outros dois – foi o substrato para a explosão revolucionária que se espalhou pelo país.

A incompetência do monarca para gerir a economia (a dívida externa da França era de 5 bilhões de libras, o dobro do dinheiro que estava em circulação no país) podia ser vista na miséria e fome por que passavam os camponeses e a plebe nas cidades. Em 1786, um acordo comercial permitiu que a indústria inglesa sufocasse a iniciante indústria francesa; dois anos depois houve uma seca que dizimou os campos. A decisão de apoiar a Guerra de Independência Americana custou à França 2 bilhões de libras. Tal circunstância pode ser bem observada no seguinte trecho de Hobsbawn (HOBSBAWM, 2008, p.89):

“Os problemas financeiros da monarquia agravaram o quadro. Já a estrutura fiscal e administrativa do reino era tremendamente obsoleta, e, como vimos, a tentativa de remediar a situação através das reformas de 1774-6 fracassou, derrotada pela resistência dos interesses estabelecidos encabeçados pelos *parlements*. Então a França envolveu-se na guerra da independência americana. A vitória contra a Inglaterra foi obtida ao custo da bancarrota final, e assim a revolução americana pôde proclamar-se a causa direta da Revolução Francesa. Vários expedientes foram tentados com sucesso cada vez menor, mas sempre longe de uma reforma fundamental que, mobilizando a considerável capacidade tributável do país, pudesse enfrentar uma situação em que os gastos excediam a renda em pelo menos 20% e não havia quaisquer possibilidades de economias efetivas. Pois embora a extravagância de Versailles tenha sido constantemente culpada pela crise, os gastos da corte só significavam 6% dos gastos totais em 1788. A guerra, a marinha e a diplomacia constituíam um-quarto, e metade era consumida pelo serviço da dívida existente. A guerra e a dívida - a guerra americana e sua dívida - partiram a espinha da monarquia.”

O fracasso do Estado francês e do absolutismo monárquico levou a limitação da atuação do Estado e a sua regulação por lei a ser uma das principais bandeiras da Revolução Francesa.

“O modelo de Estado Liberal, idealizado pela burguesia revolucionária, preconizava a defesa das liberdades individuais dos cidadãos como principal motivo da existência do aparato estatal. A doutrina liberal convergia para a limitação do poder do Estado.” (MELO, 2010)

Os direitos fundamentais de primeira geração tiveram sua consagração nessa época.

“São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em

grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” (BONAVIDES, 2004, p.567)

Outra característica foi a separação entre público e privado:

“Verifica-se clara separação entre as esferas do público e do privado. De um lado, os interesses coletivos, como a cidadania e a democracia, de outro, os interesses eminentemente privados como a propriedade e o mercado.” (MELO, 2010, p.224)

Os movimentos sociais do fim do séc. XIX, em contrapartida, condenam a omissão do Estado na defesa dos interesses coletivos reagindo contra o liberalismo e gerando dois tipos de posicionamento, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro – um de negação dos direitos individuais configurando-se o extremo oposto do liberalismo como o que se passou na Alemanha nazista, na Itália fascista e no bloco comunista; e outro “com soluções intermediárias que deram origem à nova fase do Estado de Direito, ou seja, um tipo de Estado que, sem deixar de lado os direitos individuais, (ao contrário, ampliando-os para abranger os direitos sociais e econômicos), atribuiu ao Estado um papel mais ativo, que exige intervenção na ordem econômica e social, com o objetivo de assegurar a igualdade entre os cidadãos, não conseguida no período liberal.” (DI PIETRO, 2004, p.31)

O surgimento dos chamados direitos fundamentais de 2ª geração promovem, portanto, um chamamento do Estado visando a obtenção de prestação legislativa, administrativa e judiciária em favor das classes sociais mais fracas.

No século XX houve “um surto intervencionista que já não poderia ser contido” (DALLARI, 2011 p.249). A 1ª Guerra Mundial agravou a situação dos operários no mundo todo, logo depois da guerra a Constituição de Weimar foi aprovada depois de ter sido estruturada contraditoriamente, tentando conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial (COMPARATO).

Ao mesmo tempo, a assembléia constituinte alemã aprovava o Tratado de Versailles que impôs desproporcionais indenizações de guerra à

Alemanha que a colocou em iminente colapso financeiro, efeito que seria sentido dez anos depois com a Grande Depressão e o colapso da Bolsa de Nova Iorque.

O New Deal do presidente americano Franklin Roosevelt¹ iniciou a recuperação econômica tanto dos Estados Unidos quanto dos países impactados pela Grande Depressão.

O advento da 2ª Guerra Mundial estimulou mais ainda a ampliação da esfera de atuação do Estado, na medida em que assegurava a prestação de serviços fundamentais a todos os indivíduos.

“E a necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo proveito com o menor desperdício, para fazer face às emergências da guerra, leva a ação estatal a todos os campos da vida social, não havendo mais qualquer área interdita à intervenção do Estado. Terminada a guerra, ocorre ainda um avanço maior do intervencionismo, pois inúmeras necessidades novas impõem a iniciativa do Estado em vários setores: na restauração dos meios de produção, na reconstrução das cidades, na readaptação das pessoas à vida social, bem como no financiamento de estudos e projetos, sugeridos pelo desenvolvimento técnico e científico registrado durante a guerra.” (DALLARI, 2011. p.250)

Enquanto essas transformações sociais e econômicas ocorriam, também no campo do Direito notava-se uma evolução do Estado de Direito Social para o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela maior “participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, bem como no processo de elaboração das leis” (DI PIETRO, 2004, p.33).

Também desenvolveu-se a ideia de

“justiça material, no sentido de que a lei deve ser vista não apenas em seu sentido formal, mas também em seu conteúdo material. Ganham força obrigatória os valores e princípios previstos expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional”. (DI PIETRO, 2004, p.33)

Pergunta-se qual será o próximo estágio da existência do Estado. Certamente uma parte da resposta reside na 3ª^{2 3} e 4ª dimensões de direitos

¹ Dalmo Dallari (DALLARI, 2011 p.249) relata que a política intervencionista de Roosevelt enfrentou resistência dos empresários e dos tradicionalistas e até mesmo da Suprema Corte que criou obstáculos para a implantação da nova política.

humanos, sendo aquela a dos direitos difusos como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e esta dos direitos “que compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”, como o direito de participação democrática direta, o direito ao pluralismo, à bioética e aos limites da manipulação genética. (BONAVIDES, 2004, p.573).

Diversificando-se as preocupações e problemas, assim como as inovações tecnológicas das sociedades modernas, juntamente à escassez e à tendência de crescente dificuldade de acesso aos recursos naturais, diversifica-se igualmente o papel do Estado nas sociedades tanto em amplitude quanto em profundidade.

2.2 A Teoria da Regulação Estatal da Economia

É imprescindível colocar de forma clara em quê consiste a regulação estatal da economia (DE ARAGÃO, 2001 p.18):

“(...) a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

E por que é necessário “determinar, controlar ou influenciar o comportamento dos agentes econômicos”? Primeiramente, parte-se do pressuposto que as crises recorrentes são inerentes ao sistema capitalista.

² Segundo Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2004, p.569), “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado”.

³ Mesmo reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como universal, como no recente episódio envolvendo a Amazônia, nota-se que a soberania estatal e o princípio da territorialidade ainda impedem a concretização dessa dimensão de direitos humanos (“L’Unesco est là pour aider, soutenir, orienter, mais ne peut pas se substituer à la responsabilité de l’État souverain”). Amazonie : L’Unesco veut mieux protéger les biens communs de l’humanité. Disponível em < <https://www.20minutes.fr/monde/2598471-20190906-amazonie-unesco-veut-mieux-protoger-biens-communs-humanite>>. Acesso em 16 nov. 2019.

“A reprodução capitalista tem de enfrentar crises causadas tanto pelos fatores econômicos, que geram desproporções departamentais e setoriais, crises de superacumulação e realização e queda da taxa de lucro, quanto pelo antagonismo da relação social básica. As crises podem assumir várias formas determinadas por uma combinação variável destes fatores tendenciais com elementos encontrados nos contextos históricos e regionais”. (ARIENTI, 2006, p.42)

A teoria da regulação francesa clássica de Boyer e Aglietta segue a concepção althusseriana de que não existe a autogênese das estruturas, ou seja, elas não possuem as condições necessárias para a sua própria reprodução, nem tampouco as estruturas sociais garantem a reprodução das estruturas econômicas, o que torna a acumulação de capital um processo conflituoso havendo, portanto, a necessidade da regulação das estruturas econômicas e sociais para neutralizar as tendências de crise e promover um período de crescimento. Como a regulação é parcial e provisória e, além disso, parte de uma engrenagem muito maior, a acumulação de capital continuará sempre sendo sujeita à instabilidade, crises e transformações.

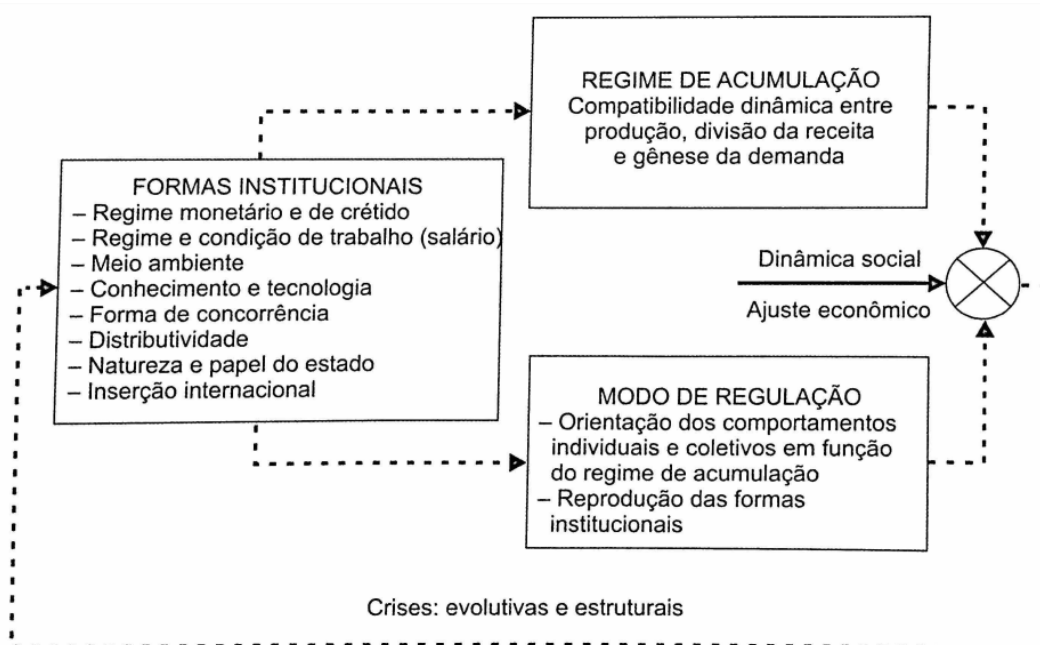
Entra em cena outro conceito fundamental na teoria clássica de regulação que é o modo de regulação, definido por Nery como:

[...] um conjunto de procedimentos e de comportamentos, individuais e coletivos, que tem a propriedade de:

- reproduzir as relações sociais e culturais, ambientais e tecnológicas fundamentais do modo de produção deste sistema por meio das formas institucionais que o constituem, historicamente determinadas;
- sustentar e guiar/conduzir o regime de acumulação em vigor;
- assegurar a compatibilidade dinâmica de um conjunto de decisões descentralizadas, sem que seja necessária a assimilação pelos atores econômicos dos princípios que ajustam o sistema como uma unidade ativa e viva (Boyer, 1986 *apud* Nery)” (2012, p.3)

A Figura 1 ilustra bem o fluxograma de funcionamento da regulação segundo a teoria da regulação clássica:

Figura 1: Fluxograma do Funcionamento da Regulação



Fonte: Mercados e Regulação de Energia Elétrica, 2012.

Trazendo a regulação para o âmbito estatal, segundo Marques Neto:

Na acepção de Estado de Direito é dever do Estado a busca por um equilíbrio na interação de forças que atuam na Economia, intervenção não apenas voltada a evitar abusos individuais, mas especialmente preocupada com a satisfação de interesses gerais tidos como estruturantes da República (2009, p.89).

Especificamente no que diz respeito ao papel dos diferentes poderes, a dinâmica da regulação deve acontecer, na concepção de Cunha Filho e Viana:

No desempenho dessa missão cabe ao Executivo, observando o quadro legislativo traçado pelo Parlamento, agir no mercado não só para corrigir falhas ao seu funcionamento adequado (reprimindo cartéis ou impedindo a prática de preços predatórios, por exemplo), como para assegurar que o processo de geração de riqueza contribua para o bem-estar da população como um todo. (2015, p.3)

2.3. As Formas de Atuação do Estado na Economia

A Constituição define como o Estado deve atuar na ordem econômica.

Um dos papéis do Estado é definir e aplicar leis. Mas esta não é a única forma de atuação do Estado. O termo ‘atuação’ envolve a intervenção e a atuação naquilo que é do próprio domínio. Na forma da Constituição de 1988 há espaços da atuação econômica que são de responsabilidade do Estado e há também os que cabem prioritariamente à iniciativa privada. A base é a atuação da iniciativa privada mas, ainda assim, há espaços onde se atribui ao Estado o papel de atuação – não apenas um papel de intervenção.

O Estado age na economia de várias formas:

- a. Atuação direta – o Estado é ele próprio um agente econômico, ou seja, ele próprio produz um bem ou um serviço. Em um sistema baseado em livre iniciativa e livre concorrência, esta forma de atuação do Estado é excepcional. Há momentos em que o Estado ele próprio explora a atividade econômica mas essa não é a regra do sistema de economia de mercado. Existem sistemas econômicos onde a regra é a exploração direta pelo Estado. No sistema constitucional brasileiro a atuação direta pode se dividir em duas categorias: a.1 atividades econômicas *stricto sensu* – aquelas que asseguram o regime capitalista num país, são as atividades de produção e transformação de riqueza para se colocar à disposição dos outros em mecanismos de troca através do mercado – que são da alçada dos particulares e; a.2 serviços públicos – decorrem da Constituição, são implicitamente qualificadas como juridicamente não econômicas como pontua Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p. 822)⁴ e são previstos como da alçada do Estado, só podendo ser desempenhados por particulares se o Estado os credenciar a prestá-las (art. 175 e art. 21, XI e XII), por ato explícito, sem prejuízo de lhes conservar a titularidade. Ressalvam-se as atividades cuja prestação não cabe exclusivamente ao Estado (educação, saúde, assistência social e previdência social) e, por isto os particulares são livres para exercê-las. (Mello, 2016, p.822)

⁴ O autor enfatiza, ainda, que é um absurdo falar em “serviço público econômico”, pois se estaria a associar duas expressões que, em nosso Direito Constitucional, designam antinomias jurídicas, necessariamente submetidas, então, a regimes normativos antagônicos.

- b. Disciplina – poder do estado regular e definir as leis, os regulamentos aplicáveis à sociedade e ao exercício das atividades econômicas. As leis ambientais, as leis fiscais, as leis que limitam a venda de armamentos, as que estabelecem as regras para acondicionamento de remédios, etc. A disciplina é uma forma de atuação que se dá a favor do mercado seja para corrigir distorções mas sempre para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento (Barroso, 2001, p.205). Pode-se dizer que é o próprio ato de regular em si. Segundo Egon Bockmann Moreira:

“Nesta acepção, “regular” significa fixar as regras – que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas em ambos os casos pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude seu comportamento natural. O objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas”. (Bockmann, 2014, p.111)

Cabe aqui diferenciar “regulação” e “regulamentação”. A primeira “envolve funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve [...] atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central”. (Marques Neto, 2009, p.91)

- c. Exercício do poder de polícia – quando o Estado restringe certos direitos ao mesmo tempo que exerce certos direitos em nome dos interesses públicos e coletivos. O Estado exerce o poder de polícia ao punir alguém pela prática de um crime ambiental ou ao fiscalizar a forma como vai ser exercida uma atividade capaz de causar riscos. O Estado condiciona a forma de atuação dos agentes privados em nome dos interesses coletivos e de acordo com a disciplina que é decorrente da própria atuação do Estado.
- d. Fomento – cabe ao Estado também apoiar determinadas atividades e condutas que são relevantes para atender certos interesses sociais. O Estado cria por vezes incentivos fiscais, mecanismos de financiamento, etc.

Essa é apenas uma categorização. Os juristas procuram sempre encontrar elementos comuns entre diversas formas de atuação ou de diversas situações de fato ou de direito para facilitar a interpretação do entendimento das normas jurídicas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto tem uma outra forma de categorização. Ele trata sempre como intervenção do Estado e vê essa intervenção de quatro formas diferentes:

- (a) Regulatória – que é a ordenação dos processos econômicos por força do Estado como um agente regulador;
- (b) Concorrencial – o Estado agindo como agente econômico naqueles aspectos da atividade econômica que a Constituição não atribui ao próprio Estado;
- (c) Monopolista – nas áreas onde o Estado age como agente econômico e a Constituição atribui a ele o monopólio no exercício daquela atividade;
- (d) Sancionatória – quando o Estado pune.

Se juntarmos as duas categorizações, a disciplina aproximar-se-ia da regulatória; a intervenção concorrencial ou monopolista estaria, na verdade, desdobrando as formas de atuação direta e a intervenção sancionatória é uma forma do exercício do poder de polícia. Moreira Neto não menciona em sua categorização o fomento.

Outros juristas trazem mais uma forma de atuação do Estado como o planejamento – o Estado, ao planejar suas ações, tem repercussões na forma como vai se organizar a ordem econômica.

3. A REGULAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

3.1. A Ordem Econômica no Brasil

A ordem econômica pode ser definida como o conjunto de normas positivadas ou não, jurídicas ou não, que regulam o comportamento dos agentes econômicos⁵.

No Brasil, os fundamentos da ordem econômica estão definidos no art. 170 da Constituição pelos princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano. Tais princípios “[...] subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e *infraconstitucionais*” (Barroso, 2001, p.189, grifo nosso) e têm “[...] por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (Di Pietro, 2013, p.2).

Luís Roberto Barroso sistematiza os princípios elencados no art.170 da Constituição de 88 em princípios de funcionamento⁶ da ordem econômica (estabelecem os parâmetros básicos de convivência entre os agentes da ordem econômica – são as “regras do jogo”) e princípios fins (descrevem as realidades materiais que o constituinte desejou ver alcançadas, ou seja, os produtos finais que a ordem econômica como um todo deve atingir) (Barroso, 2001, p.194-197).

A Constituição de 1988, portanto, adotou um modelo compromissório entre o Estado Liberal e o Estado Social. Sua síntese é o Estado do Bem-Estar – assegura a livre iniciativa mas condiciona-a à dignificação da pessoa humana através de princípios de Justiça Social. (Martins, 2004, p.66).

⁵ Definição dada pela Escola Brasileira de Direito.

⁶ Seriam princípios de funcionamento os incisos “i” a “vi” do art. 170 da CF88

3.1.2. O princípio da livre iniciativa

O princípio da legalidade do ponto de vista econômico se materializa no princípio da livre iniciativa.

O princípio da legalidade do ponto de vista econômico se materializa no princípio da livre iniciativa.

Luís Roberto Barroso divide o princípio da livre iniciativa em vários sub-princípios que ele considera essenciais ao princípio da livre iniciativa. São eles: o princípio da propriedade privada. A base do nosso sistema econômico é o sistema em que os agentes privados detenham os meios de produção. Apesar de ser fundamental, o princípio da propriedade privada não é absoluto pois deve se conjugar com o princípio da função social da propriedade, também no art. 170 da Constituição. O segundo sub-princípio inerente à livre iniciativa é o princípio da legalidade e da liberdade de contratar. Os agentes privados titulares dos meios de produção têm a liberdade de se relacionar com outros agentes definindo as bases dessa relação. Isso é até uma decorrência direta do princípio da legalidade, segundo Barroso. O princípio da liberdade de empreender (parágrafo do art. 170) que é a faculdade do agente privado ter liberdade de se relacionar com outros firmando contratos, decidir em que vai investir, como vai atuar sem que ele dependa de uma autorização do Estado para tal. O quarto princípio seria a livre concorrência – ela própria inerente ao princípio da ordem econômica. A definição deste princípio compreende o reconhecimento de que a base do nosso sistema econômico é a competição entre os agentes econômicos em que a formação do preço decorre do livre jogo das forças de mercado onde os agentes, procurando vender os seus produtos, vão encontrar na disputa entre eles o sistema da formação de preço e que nesse sistema os agentes econômicos tenham o direito de não encontrar barreiras a sua entrada no mercado além das próprias forças do mercado. E, ao mesmo tempo, aqueles que estão no mercado teriam o dever de não criar barreiras artificiais aos que desejam entrar. (Barroso, 2001, p.189).

3.1.3. O princípio da valorização do trabalho humano

Apesar de se tratar de um princípio relacionado à intervenção social do Estado, a valorização do trabalho humano apresenta-se como prioritária em relação aos interesses puramente econômicos visto que o tema ‘ordem econômica’ é inafestável do tema ‘ordem social’, conforme assinalado por Celso Antonio Bandeira de Mello (2016, p.823), pelo tratamento lhes dado pela Constituição conforme anteriormente mencionado.

Vale comentar a constatação feita por Maria Sylvia Zanella de Pietro (2013, p.2) sobre o Título VIII da Constituição de 1988 (Da ordem social) não se referir especificamente à dignidade da pessoa humana apesar de estabelecer que a ordem social tenha como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

3.1.4. Demais princípios do art.170 da CF88

Luís Roberto Barroso propôs uma divisão dos princípios dos incisos do art.170 da CF em princípios de funcionamento da ordem econômica, são eles: (i) soberania nacional, (ii) propriedade privada, (iii) função social da propriedade, (iv) livre concorrência, (v) defesa do consumidor e (vi) defesa do meio ambiente; e princípios-fins, que se juntam ao caput do art. 170, sendo eles: (i) existência digna para todos, (ii) redução das desigualdades regionais e sociais, (iii) busca do pleno emprego e (iv) a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Far-se-á uma breve descrição do significado de cada um deles:

- (i) Soberania nacional é a tradução do poder maior do Estado na área que corresponde ao território nacional. No sentido a que alude o art. 170 da CF diz respeito à soberania econômica depois de a Carta Magna ter tratado este princípio sob a ótica política repetidamente no art.1º como fundamento da República e no art.

4º, I sob a ótica da independência do Estado em suas relações internacionais.

“A afirmação da soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas”. (Grau, 2010, p.230)

(ii) propriedade privada e (iii) função social da propriedade – a primeira é condição *sine qua* a livre iniciativa e o capitalismo não se realizam. Aos agentes econômicos deve ser assegurada a possibilidade de se apropriarem dos bens e meios de produção. Por outro lado, no entanto, o princípio da função social da propriedade

“impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”. (Grau, 2010, p.250)

(iii) livre concorrência e (iv) defesa do consumidor – nas palavras de Pedro Paulo Salles Cristófar (2014, p.121)

“livre iniciativa e livre concorrência são duas faces da mesma moeda, distintas e indissociáveis, que consagram o estado liberal fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado”.

A defesa do consumidor estaria garantida pela livre concorrência na medida que daria maior liberdade de escolha aos consumidores, produzindo, dessa maneira, os melhores efeitos sociais. Visão antagônica, porém, possui Eros Grau (2010, p.254) quando coloca que

“a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-la, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada”.

Endossa as palavras de Fabio Konder Comparato, autor de uma passagem brilhante que não poderia deixar de ser citada:

“Na verdade a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta ou indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos de classe desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre ‘fracos’ e ‘poderosos’ em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da ‘classe’ dos consumidores em geral, como tem sido visto em episódios recentes” (pp.474-475). E mais: “A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens e serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante” (p.498)

(iv) defesa do meio ambiente

(v) redução das desigualdades regionais e sociais – este princípio está no art. 3º, III da CF juntamente com a erradicação da pobreza e da marginalização como princípio fundamental da República. Ambos [...] são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (=garantir) do desenvolvimento econômico. Considere-se também o princípio positivado no inciso IV deste art. 3º: *promover o bem de todos; e a dignidade da pessoa humana* como fundamento da República, mais o *assegurar a todos existência digna* como fim da ordem econômica”. (Grau, 2010, p. 220). O jurista também enfatiza que esses princípios são um reconhecimento explícito da realidade do país, a qual se pretende reverter sem constituir, contudo, em subversão ao capitalismo se não seu aprimoramento.

CF, art. 173, § 4º: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

3.2. Histórico da Regulação no Brasil

O histórico da regulação é recente no Brasil. Até os anos 90, a regulação econômica era um assunto praticamente desconhecido no país. Havia, até então, uma separação muito clara entre o poder público e a esfera privada. O Estado era visto através do binômio serviço público – poder de polícia.

“Devido a isso o direito da regulação era subsumido ao gênero “poder de polícia administrativa”. “[...] a lógica idealizada era a da oposição-exclusão, a do “ou-ou”: ou Estado ou domínio econômico privado, sem qualquer meio-termo entre os opostos [...]” (Moreira, 2014, p.108).

Em 1990, teve início o Plano Nacional de Desestatização (PND) que buscava uma reorganização da máquina estatal, transferindo algumas atividades para a iniciativa privada e concentrando as consideradas mais importantes para o país.

Nessa esteira abriu-se mão de setores estratégicos como as telecomunicações, prejudicando sobremaneira pesquisas tecnologicamente muito avançadas como as telecomunicações via cabos ópticos terrestres e submarinos, assim como a comunicação via satélite, essencial para a segurança nacional.

Dalmarco (2017) enfatiza que o fato de o modelo surgido no Brasil ter sido copiado do modelo estadunidense sem que antes existisse uma teoria regulatória fundamentada no país, gerou de saída um descompasso estrutural na arquitetura regulatória brasileira. A doutrina atual se esforça para suprir essa lacuna e aparar as arestas existentes que surgiram do espelhamento tal e qual o modelo americano que, sobreposto ao rudimento que já existia no Brasil, gerou imagens conceitualmente distorcidas.

3.2.1. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras

No Brasil, desde a Constituição imperial de 1824 até as emendas constitucionais 8 e 9 de 1995 não se encontrava qualquer inciso, parágrafo ou artigo que se referisse a um “órgão” ou entidade reguladora da Economia. Isso condiz com o pensamento liberal do séc. XVIII que deixava para o Estado e para a Constituição os assuntos políticos juntamente com os direitos fundamentais de primeira geração. A Figura 2 mostra, com arte, o histórico das constituições brasileiras e suas principais características.

A primeira Constituição a fazer referência à “ordem econômica e social” foi a de 1934 (art. 115 a 143) “mas sob perspectiva ora inibidora (limites às liberdades clássicas – art. 115), ora paternalista (o art. 138 atribuía à União, Estados e Municípios, dentre outros, os peculiares deveres de “assegurar o apoio aos desvalidos”, “estimular a educação eugênica”, “socorrer as famílias de prole numerosa” e “cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais”), ora açambarcadora (“Art.116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica ...”).

Na Carta de 1937 a primazia da iniciativa privada foi fortalecida:

Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico** só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

Na Constituição de 1946 (“Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”).

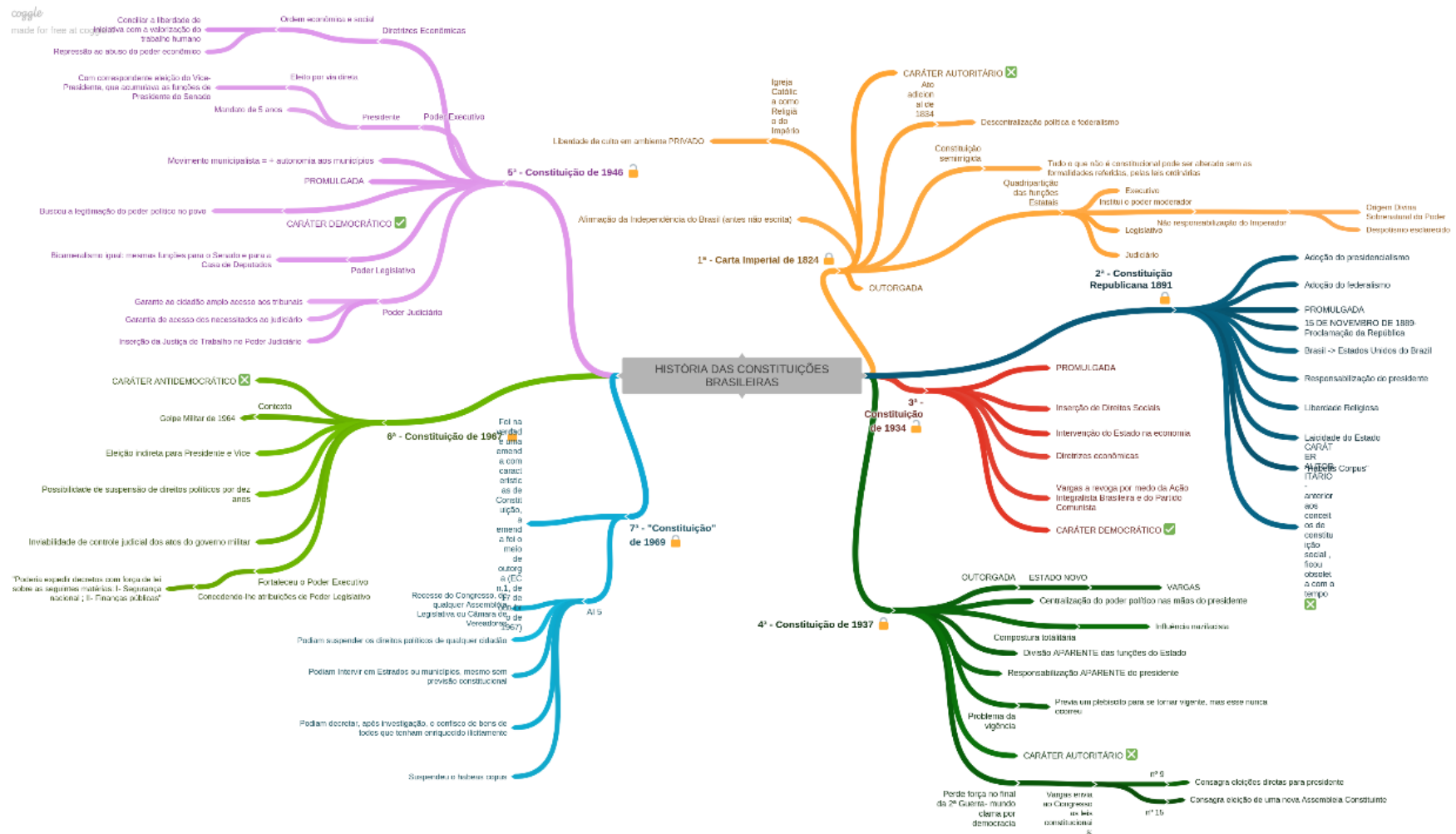
Na Carta-Constituição de 1967 (“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: § 8º.

São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”; “Art. 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas”); e na Emenda Constitucional I/ 1969, que praticamente repete o texto da Constituição de 1967.

A primeira Constituição a tratar o Estado como “agente normativo e regulador” da Economia foi a de 1988. As anteriores só concebiam o regulamento como espécie de ato administrativo interno.

“A rigor, o que atualmente existe é o Estado integrado na Economia, que ordinariamente atua no cotidiano das relações socioeconômicas. Ele não mais só reprime e exclui, mas incentiva, influi e inclui.” (Moreira, 2014, p.110)

Figura 2: História das Constituições Brasileiras.



Fonte: https://coggle.it/diagram/WhsTDMX_9wABrBig/t/hist%C3%B3ria-das-constitui%C3%A7%C3%B5es-brasileiras

3.2.2. As Agências Reguladoras - seus Dilemas e Inconsistências

No Brasil, a regulação da conduta econômica de terceiros pode ser exercitada por pessoas de direito público e/ou de direito privado – no primeiro caso pelas autoridades constituídas, como entidades e/ou órgãos da Administração Pública com competência legal (empresas públicas ou agências reguladoras, por exemplo) ou constitucional (a Presidência da República, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)).

No caso de pessoas de direito privado são as associações privadas e público-privadas, constituídas por leis ou por contratos, as quais disciplinam a conduta de seus associados – que vão desde a institucionalização de barreiras de entrada (por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o exame de entrada) até a definição de parâmetros éticos no exercício de determinadas profissões (por exemplo, o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina), passando pelas ordens de proibição e sanções a determinadas atividades (por exemplo, o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária – CONAR – e as determinações de proibição e imediata suspensão de propagandas).

“O que nestes casos se dá é a autorregulação dos setores, por meio da organização dos respectivos agentes e estabelecimento de normas exógenas àquelas naturais dos respectivos mercados.” (Moreira, 2014, p.113).

Como se percebe no parágrafo acima, a função reguladora vem sendo atribuída a órgãos e entidades que não têm função regulamentar outorgada pela Constituição, segundo Di Pietro (2004). Ainda segundo a autora, isso gera dúvidas com sérias consequências em relação aos limites da função reguladora das agências, no que diz respeito ao estabelecimento de regras. Além disso, a autora discorre longamente sobre as competências normativas outorgadas explicitamente pela Constituição – o poder regulamentar foi outorgado pela Carta Magna exclusivamente ao Chefe do Executivo no art.84 – e afirma categoricamente que o poder regulamentar não pode ser outorgado por meio de lei, ou seja, o legislador não pode

outorgar poderes regulamentares porque ele não os tem. “Admitir que as agências possam baixar regulamentos autônomos seria admitir que elas podem exercer poder maior do que o Chefe do Executivo”⁷.

A autora faz uma comparação pontual e categórica entre os principais aspectos envolvendo a regulamentação nos dois países que vale a pena descrever.

- a) A distribuição de competências na Constituição americana não é tão minuciosa quanto na brasileira, apesar de existir separação de poderes nos Estados Unidos.
- b) Como os precedentes judiciais têm força obrigatória (princípio do *stare decisis*), a jurisprudência tem um papel fundamental como fonte produtora de normas, o que não ocorre no direito brasileiro. Lá a Corte Suprema (cuja interpretação nem sempre é pacífica) acolheu a doutrina da delegação de função normativa – ainda que de forma limitada – às agências, o que indica uma função quase-legislativa já que as normas que elas baixam são subordinadas à lei e sujeitas à controle judicial;
- c) A Constituição norte-americana é menos rígida, sendo sua modificação possível de acordo com a apreciação dos casos concretos, o que promove a sua adaptação de acordo com as mutantes exigências sociais;
- d) O processo de elaboração de normas pelas agências norte-americanas envolve obrigatoriamente um procedimento imposto pela Lei de Procedimentos Administrativos, que torna mandatória a participação do cidadão, o que não existe no direito brasileiro de forma sacramentada nem tampouco de forma obrigatória;
- e) As leis norte-americanas são mais genéricas e abstratas, ao contrário das leis brasileiras que são ricas em conceitos determinados;

⁷ Posição do STF expressa na ADI 1949-RS (Nov/2014) e na ADI 4.874-DF (Fev/2019)

- f) Por consequência do item acima a Suprema Corte desenvolveu e estabeleceu o princípio do processo legal em sentido substantivo que permite ao poder judiciário examinar a razoabilidade das normas das agências diante dos conceitos indeterminados contidos nas leis e na Constituição;
- g) Além do controle judicial, as normas baixadas pelas agências norte-americanas estão sujeitas ao controle do Executivo, para que se amoldem à política traçada pelo Governo e ao controle pelo Legislativo, às vezes com poder de veto às medidas propostas, quando previsto em lei;
- h) No Brasil a regulação vs intervenção do Estado aconteceu com o sinal trocado – começou-se a regular no Brasil quando diminuiu o papel intervencionista do Estado enquanto que os EUA começou a idealizar o modelo das agências no período em que se iniciava a política intervencionista estando, desde a década de 80, em plena fase de desregulamentação;
- i) No direito norte-americano não existe o conceito de serviço público mas de serviço de utilidade pública, que é sujeito ao poder de polícia do Estado, inclusive ao que diz respeito ao valor das tarifas. Portanto, não se fala em concessão de serviço público. As empresas que prestam serviço de utilidade pública são empresas privadas que atuam no domínio econômico, de acordo com o princípio da livre iniciativa – a concorrência que se estabelece, portanto, é entre empresas da mesma natureza ao contrário do que tem ocorrido no direito brasileiro.

No que diz respeito especificamente às agências reguladoras, trata-se de autarquias sob regime especial. Nas leis de criação das agências existentes constam artigos que procuram esclarecer em que consiste exatamente o “regime especial” dessas autarquias. Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) pondera que nem “independência administrativa”, ou

“autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional”, “autonomia por suas decisões técnicas”, “ausência de subordinação hierárquica” as faz diferentes das autarquias simplesmente. O único ponto, segundo o professor, que realmente é peculiar em relação às generalidades das autarquias é a investidura e fixidez do mandato dos dirigentes das agências. O autor questiona se “a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental” ao que responde veementemente que não, ilustrando com o que fez o governo que findou em 2002. Mesmo tendo terminado o mandato “os derrotados o pleito eleitoral persistiram gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e de República” (Mello, 2016, pp.179-180).

O assunto mais importante em se tratando das agências reguladoras brasileiras é, segundo Moreira (2014), a sanidade mental e a integridade física das mesmas já que são muitos os problemas enfrentados por elas.

Passaremos a nomear os mais relevantes, cujos impactos podem ser sentidos pela sociedade:

- 1) O uso político das agências em detrimento da tecnicidade necessária para compor seus quadros. Ultimamente as agências têm se transformado em “secretarias de ministérios” e já estão “fatiadas”, inclusive, entre os diversos partidos políticos. A nova lei das agências reguladoras (13.848/2019) procura reverter essa tendência vedando a indicação para o Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada de: Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados dos cargos (estendida também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau); de pessoa que tenha atuado, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido

político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; de pessoa que exerça cargo em organização sindical; de pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue no setor sujeito à regulação exercida pela agência reguladora em que atuaria, ou que tenha matéria ou ato submetido à apreciação dessa agência reguladora; de pessoa inelegível, segundo a Lei Complementar 64/1990; de membro de conselho ou de diretoria de associação, regional ou nacional, representativa de interesses patronais ou trabalhistas ligados às atividades reguladas pela respectiva agência. O art.5 da mesma lei determinou requisitos mais rígidos para a nomeação da Diretoria corroborando a tendência à maior profissionalização das agências.

- 2) Ausência de quarentena em relação a atividades político-partidárias. Em relação especificamente aos nomeados políticos para cargos técnicos nas agências, não há nada que impeça sua candidatura a algum cargo político no dia seguinte ao término do seu mandato na agência, sendo Moreira (2014). Apesar de algumas agências (como a ANEEL e a ANATEL) fixarem prazos mais longos, a quarentena só afeta a prestação, direta ou indireta, de serviços às empresas vinculadas ao respectivo setor regulado, ou seja, nada impedindo em relação a eleições, cargos político-partidários e cargos em comissão nos governos e empresas estatais. Já houve ocasiões de pedido de exoneração de cargos por parte de diretores de agências para concorrer a eleições. Essas situações instalam um fenômeno de “*revolving door* pública-pública” ou “migração pública”, segundo Egon Bockmann Moreira - da agência para o Poder Executivo, empresas estatais ou Legislativo; de um destes Poderes de volta para a agência.
- 3) Um problema que pode advir da vacância de cargos importantes nas agências, seja pela possibilidade de pedido de exoneração para

concorrer a cargos públicos, seja por inação do poder executivo, é o *locaute regulatório* como denominou Egon Bockmann Moreira. Em março/2013, segundo dados colhidos por Moreira (2014) nos sites das respectivas agências, as diretorias tinham cargos não ocupados: (i) uma vaga em aberto na ANATEL, ANA e ANCINE; (ii) duas vagas em aberto na ANP, ANS, ANVISA e ANTAQ; e (iii) quatro vagas em aberto na ANTT. O efeito do locaute é o impedimento das agências executarem a regulação por falta de quorum nas diretorias colegiadas somado ao fato de não disporem de *expertise* necessária para o exercício da regulação. A omissão pode ser uma escolha regulatória de um país mas, essa decisão tem que ser tomada pela autoridade competente e não pelo Poder Executivo central. As agências podem ser inclusive fechadas através de Medida Provisória.

- 4) Outro mal que atinge as agências reguladoras é o que Egon Bockmann Moreira denominou “inanição regulatória” que, em verdade, é a consequência da inanição financeira – as agências não recebem os aportes de verbas necessários às suas tarefas. Um exemplo citado pelo autor é o do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações/ FUST, criado pela Lei 9.998/2000, receita oriunda de pagamentos feitos pelos usuários e agentes do setor, que atinge a marca de bilhões de Reais, cuja gestão é atribuída à ANATEL, mas ela não tem acesso a tais recursos, contingenciados que são pelo Ministério da Economia. Ou seja, sem recursos há a precarização da regulação.
- 5) Egon Bockmann Moreira também ressalta o problema da captura das agências reguladoras que significa não se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido por lei. “Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal

beneficiário é o próprio regulado (ou o governante de plantão, à procura de votos). Como nos monopólios, em que o monopolista é um *price maker*, aqui os regulados (e/ou os governantes) tomam-se *regulation makers*. Trata-se de sofisticada técnica de conquista dos principais mercados de uma Nação, sobretudo pelo manejo da assimetria de informações, que instala custos desnecessários e aumenta indevidamente os ganhos de alguns dos regulados.” (Moreira, 2014, p.134).

4. O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO E SUA REGULAÇÃO

A energia – elétrica especificamente – tornou-se matéria-prima determinante para o desenvolvimento industrial das nações. Além disso, a eletricidade é um serviço público essencial⁸ e estratégico, que toca na soberania das nações.

4.1. Histórico do Setor Elétrico Brasileiro

O Brasil, particularmente, foi pioneiro no uso da eletricidade – D. Pedro II trouxe Thomas Edison ao Brasil para implementar a primeira instalação de iluminação elétrica permanente na Estação Central da Estrada de Ferro D. Pedro II no Rio de Janeiro (atual Central do Brasil). Pode-se dizer que ao longo de todos esses anos, o Brasil ainda se destaca nos avanços em torno da energia elétrica, sendo o modelo do Setor Elétrico Brasileiro (SEB) replicado e utilizado por vários países.

O setor elétrico no Brasil nasceu privado - A Light iniciou suas atividades no Brasil em 1897, atuando basicamente no eixo Rio-São Paulo e a Amforp, a partir de 1927, adquirindo concessionárias nos eixos urbanos não atendidos pela Light. Os prazos dos contratos de concessão, que dependiam dos acordos entre concessionárias e poder concedente, variavam entre 30 e 90 anos (Carneiro, 2003, p.11).

O embrião da regulação do setor adveio em 1903 (justamente devido à expansão das atividades do grupo Light no Brasil) com a promulgação da Lei Nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903 e do Decreto Nº 5.407, de 10 de dezembro de 1904 que autorizavam o governo federal a promover, por via administrativa ou concessão, o aproveitamento da energia hidráulica dos rios brasileiros para fins de serviços públicos, facultando o uso dos

⁸ A energia elétrica é o serviço público mais universalizado do país - entre 1970 e 2010, quase 50 milhões de consumidores brasileiros ganharam acesso ao fornecimento de energia elétrica.

excedentes para autoconsumo em atividades agroindustriais⁹. Os concessionários, no entanto, continuavam firmando contratos e sendo regulamentados pelos estados e municípios (Camargo, 2005, p.12).

A primeira intervenção efetiva do Estado no setor elétrico se deu em 1934, com a instituição do Código de Águas (Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934), durante o governo de Getúlio Vargas. Neste documento é atribuído ao Estado o poder de conceder o direito de uso do potencial hidrelétrico brasileiro para a produção de energia, limitado a brasileiros e empresas brasileiras. Apenas em 1939 é criado o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), que passa a regulamentar o setor e definir as tarifas.

A partir dos anos 50, com a intensificação do processo de urbanização, que teve início em 1930 com a industrialização do país, a demanda por energia elétrica atingiu níveis superiores à capacidade de geração até então. Isso gerou um descontentamento social muito grande, pois as tarifas cobradas eram muito altas. O governo despertou, então, para a necessidade de uma política estratégica para o setor elétrico voltado à expansão e desenvolvimento através de um modelo centralizado e monopolista em toda a sua cadeia produtiva (Kessler, 2006, p.53).

Em 1945 foi criada a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (CHESF) pela União através do Decreto-Lei No 8.031 e constituída em março de 1948 (retardada pela deposição de Vargas em 1945). O objetivo da empresa era explorar o potencial energético da cachoeira de Paulo Afonso, no rio São Francisco, entre os estados de Alagoas e Bahia, de forma a auxiliar no fornecimento de energia para oito estados do nordeste brasileiro. O funcionamento efetivo da Chesf, porém, ocorreu só em 1949

⁹ Art. 23. O Governo promoverá o aproveitamento da força hydraulica para transformação em energia electrica applicada a serviços federaes, podendo autorizar o emprego do excesso da força no desenvolvimento da lavoura, das industrias e outros quaesquer fins, e conceder favores ás empresas que se propuzerem a fazer esse serviço. Essas concessões serão livres, como determina a Constituição, de quaesquer onus estadoaes ou municipaes.

com obras que permitiram que a capacidade disponível do nordeste fosse duplicada. (Carneiro, 2003, p.13).

“A criação da Chesf foi um marco no processo de desenvolvimento do setor elétrico brasileiro pelo Estado. Além do envolvimento do Estado no campo da geração de eletricidade, o projeto da Chesf apontava ainda para o aparecimento de novas usinas de grande porte e também sinalizava uma tendência de separação entre os setores de geração e de distribuição de energia elétrica. Esta iniciativa, porém, não conseguiu resolver o problema de deficiência de energia elétrica do país. Para tanto, seria preciso a realização de obras de maior abrangência.” (Carneiro, 2003, p.13).

O segundo governo Vargas contribuiu com medidas relevantes para a estruturação do setor. Além do Plano Nacional de Eletrificação, foram realizados estudos e ampliadas as bases financeiras do investimento público, através da criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE). Em 1954 foi aprovado o Fundo Federal de Eletrificação - FFE, com o apoio do BNDE bem como a implantação do Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUEE). Este conjunto de medidas tornou viável o estabelecimento de obras necessárias à superação da crise de oferta de energia elétrica que afetou a economia brasileira na primeira metade dos anos 50.

O Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek nos anos 50 focava em alguns setores-chave da economia brasileira como o setor elétrico. Segundo o plano o governo construiria 72% da potência a ser instalada e a iniciativa privada construiria o equivalente a 28%. A potência instalada no país aumentou 90%.

Na década de 60 ocorreram vários eventos marcantes: a criação do Ministério das Minas e Energia em 1960, seguido da criação da Eletrobrás em 1962, Itaipu Binacional começava a ter sua viabilidade analisada.

No final da década de 70 o capital das concessionárias de energia era 100% nacional (com a compra da Light pelo governo federal em 1979). Nessa década a capacidade de geração de energia elétrica do país se expandiu vertiginosamente em meio à crise internacional do petróleo. O

modelo de expansão adotado – através da captação de recursos externos – se viu fracassado com a mudança de juros básicos dos Estados Unidos. “A alternativa de se financiar a expansão da oferta de eletricidade com o capital próprio das empresas estatais foi esgotada durante a década de 1980, com a compressão das tarifas como parte da política anti-inflacionária adotada.” (Correia et al., 2006, p.610).

A própria Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) faz um panorama dos anos 90 no seu site:

“Os anos 90 reuniram todos os fatores que poderiam contribuir para o agravamento de uma crise no Setor Elétrico: o esgotamento da capacidade de geração de energia elétrica das hidrelétricas existentes, o aquecimento da economia provocado pelo Plano Real, a necessidade de novos investimentos e a escassez de recursos do Governo para atender a esta necessidade diante de outras prioridades.”¹⁰

Foi nessa conjuntura que ocorreu a primeira grande reforma estrutural do Setor Elétrico Brasileiro.

Em 1996, através do Projeto RE-SEB (Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro), iniciou-se a fase de concepção do novo modelo, sob a coordenação da Secretaria Nacional de Energia do Ministério de Minas e Energia, chegando-se à conclusão de que era preciso criar uma Agência Reguladora (ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica), um operador para o sistema (ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico) e um ambiente (MAE - Mercado Atacadista de Energia Elétrica)¹¹, através de uma operadora (ASMAE - Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica), onde fossem transacionadas as compras e vendas de energia elétrica.

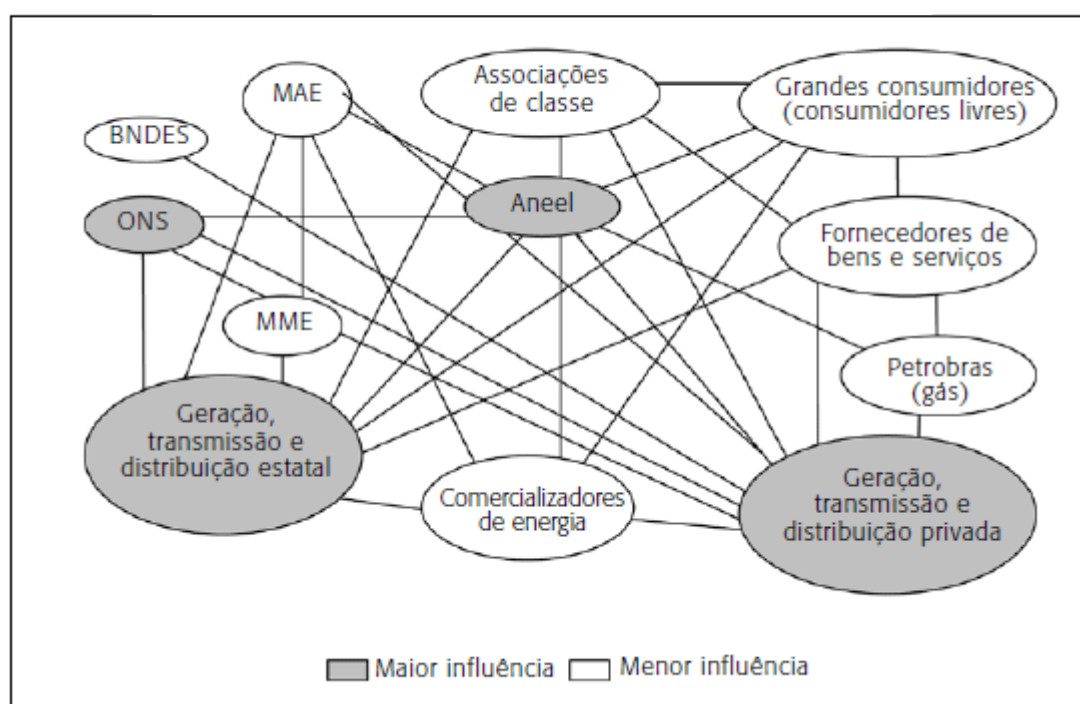
Além disso, o projeto promoveu a desverticalização das empresas do setor elétrico, separando-as em 4 grupos: geração, transmissão, distribuição e comercialização, divisão que vigora até hoje. O Projeto RESEB foi

¹⁰ Site da ANEEL: www.aneel.gov.br

¹¹ Substituído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) em 2004.

concluído em agosto de 1998, com toda a concepção do novo arcabouço setorial definida e com uma profusão de órgãos criados, dispersando o conhecimento técnico e enfraquecendo, burocratizando e levando à judicialização do setor. A Figura 3 mostra o emaranhado que se tornou a governança do setor elétrico após a reforma.

Figura 3: Campo Organizacional do Setor Elétrico



Fonte: Rev. Adm. Pública vol.43 no. 2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2009.

A expectativa da reforma e abertura do setor era atrair significativos investimentos e reduzir a tarifa de energia elétrica para os consumidores. Isso não ocorreu no governo que conduziu a reforma por falta de clareza por parte do mesmo “quanto ao futuro dos esforços de alteração regulatória, potencializando, de certa forma, a percepção de riscos potenciais por partes dos investidores privados – elementares para o sucesso do projeto governamental.” (Dalmarco, 2017, p.106).

A idéia da abertura de mercado, segundo o projeto, era que se desse de forma gradual e transitória, esperada para durar oito anos. Durante o

período, haveria dois mercados co-existent de comercialização de energia elétrica: o mercado regulado (onde operariam geradores e distribuidores firmando contratos bilaterais) e o mercado livre (onde somente produtores independentes, comercializadores e determinados consumidores negociariam suas necessidades elétricas livremente e também de forma bilateral). O projeto fracassou, segundo opinião geral de especialistas do setor:

“[...] em virtude de não se ter extinguido o sistema de subsídios cruzados para grande consumidores (empresas e indústrias), de modo que embora em médio-longo prazos o mercado livre tendesse a fazer o preço de energia elétrica diminuir, em razão do aumento na oferta, a esperada migração não ocorreu no curto prazo – os grandes consumidores optaram por permanecerem como consumidores cativos. Trata-se de um caso claro de desarranjo de incentivos, uma vez que, racionalmente, os agentes não tinham qualquer razão (neste caso, econômica) para migrar de um mercado a outro”. (Dalmarco, 2017, p.109)

Pouco tempo após a conclusão do Projeto RE-SEB, o Brasil se deparava com um racionamento que atingiu a economia como um todo e teve repercussões sociais e políticas importantes em 2001. Nas palavras de Maurício Tolmasquim:

“o racionamento foi um evento decorrente da vulnerabilidade presente no sistema elétrico desde 1999, causado primordialmente pelo atraso na entrada em operação de empreendimentos de geração e transmissão e pela ausência de novos projetos de geração para atender à demanda cujo crescimento ocorreu dentro do esperado no período.” (Tolmasquim, 2012, p.2)

Após o período de racionamento, o setor passou novamente por uma reforma, conhecida como “contra-reforma”, iniciada em 2004,

“que representa um recuo em alguns aspectos da reforma iniciada na década de 1990 e a construção de regras institucionais para o retorno do planejamento central e estatal e para os investimentos públicos que haviam sido abandonados”. (Correia et al., 2006, p.618).

As leis N° 10.847, 15 de março de 2004 e N° 10.848, de 15 de março de 2006 e o Decreto N° 5.163, de 30 de julho de 2004 formam os alicerces fundamentais da contra-reforma. O principal propósito dessas normas foi conciliar o planejamento estatal com competição pelo mercado, criando

condições de atratividade para o capital privado, mas sem prescindir de atuação de empresas estatais. O marco regulatório foi denominado, por conta do seu ineditismo, de *Brazilian Hybrid Model* (Modelo Híbrido Brasileiro). (Tolmasquim, 2012, p.4)

As principais mudanças que a contra-reforma trouxe para o Setor Elétrico Brasileiro podem ser assim enumeradas, segundo Garcia Neto (2019,p.63):

- i. Criou dois ambientes de comercialização de energia: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL), gerando profundas modificações na comercialização de energia no Sistema Interligado Nacional (SIN);
- ii. Criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e reorganizações da competências dos componentes da estrutura do setor elétrico;
- iii. Retomada do planejamento setorial, a partir da contratação regulada por meio de leilões e com a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE);
- iv. Retomada de programas de universalização de acesso à energia elétrica;
- v. Segurança jurídica e estabilidade regulatória.

... e veio a Medida Provisória 579/2012 convertida em Lei No 12.783/2013. Conhecida como “o 11 de setembro do setor elétrico”, consistiu em medidas populistas para reduzir forçosamente o custo final de energia para os consumidores finais, numa manobra que visava às eleições de 2014. A MP forçou as usinas cujos contratos de concessão venceriam em 2015, a se posicionar sobre a renovação dos contratos desconhecendo por completo quais seriam as condições de renovação.

A lei reduziu aparentemente alguns encargos (modificando os cálculos e embutindo em outros encargos) e o Tesouro arcou com parte dessa redução. A medida ainda estabeleceu que os ativos das transmissoras

anteriores a ano 2000 estariam, por definição, totalmente amortizados, sem direito, portanto, à indenização.

A MP 579 devastou o setor elétrico de tal maneira que até hoje, cinco anos depois, seus efeitos ainda são sentidos e certas batalhas que foram judicializadas ainda estão sem previsão de solução como Generation Scaling Factor (GSF), ajuste do risco hidrológico, que prejudicou usinas hidrelétricas que não conseguiram gerar o mínimo determinado por suas garantias físicas. O déficit de energia deve ser pago ao valor do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD). Em 2010, o custo foi estimado em R\$35 bilhões e em 2019 pode custar R\$22 bilhões¹² que deverão ser pagos por todos os consumidores. E a lista dos efeitos nefastos da MP 579 não é curta possuindo, ainda, um efeito em cascata.

Diante do que se apresenta, em 09/02/2018 o Ministério das Minas e Energia (MME) encaminhou para o Congresso Nacional Projeto de Lei que altera novamente o marco regulatório do setor elétrico de maneira muito relevante. Através da Portaria N° 403, de 29 de outubro de 2019, o MME instituiu um Comitê de Implementação da Modernização do Setor Elétrico “com a finalidade de viabilizar a efetiva execução do plano de ação”. O Ministério elencou quinze frentes de atuação como segue:

- I - Formação de Preços;**
- II - Critério de Suprimento;
- III - Medidas de Transição;
- IV - Separação Lastro e Energia;
- V - Sistemática de Leilões;
- VI - Desburocratização e Melhoria de Processos;
- VII - Governança;
- VIII - Inserção de Novas Tecnologias;

¹² Fonte: CCEE

- IX - Abertura de Mercado;
- X - Racionalização de Encargos e Subsídios;
- XI - Sustentabilidade da Distribuição;
- XII - Mecanismo de Realocação de Energia;
- XIII - Processo de Contratação;
- XIV - Sustentabilidade da Transmissão; e
- XV - Integração Gás - Energia Elétrica.

O Comitê terá vigência de dois anos a partir da edição do ato de designação dos membros do Comitê, sendo permitida uma prorrogação de mais um ano.

No presente trabalho, o objetivo é tratar o 1º tema da lista acima – Formação de Preços – especificamente à luz da concorrência e os possíveis riscos de abuso de poder de mercado.

4.2. A Atual Proposta de Modernização do Setor Elétrico

4.2.1. Formação de Preços por Modelo de Custo

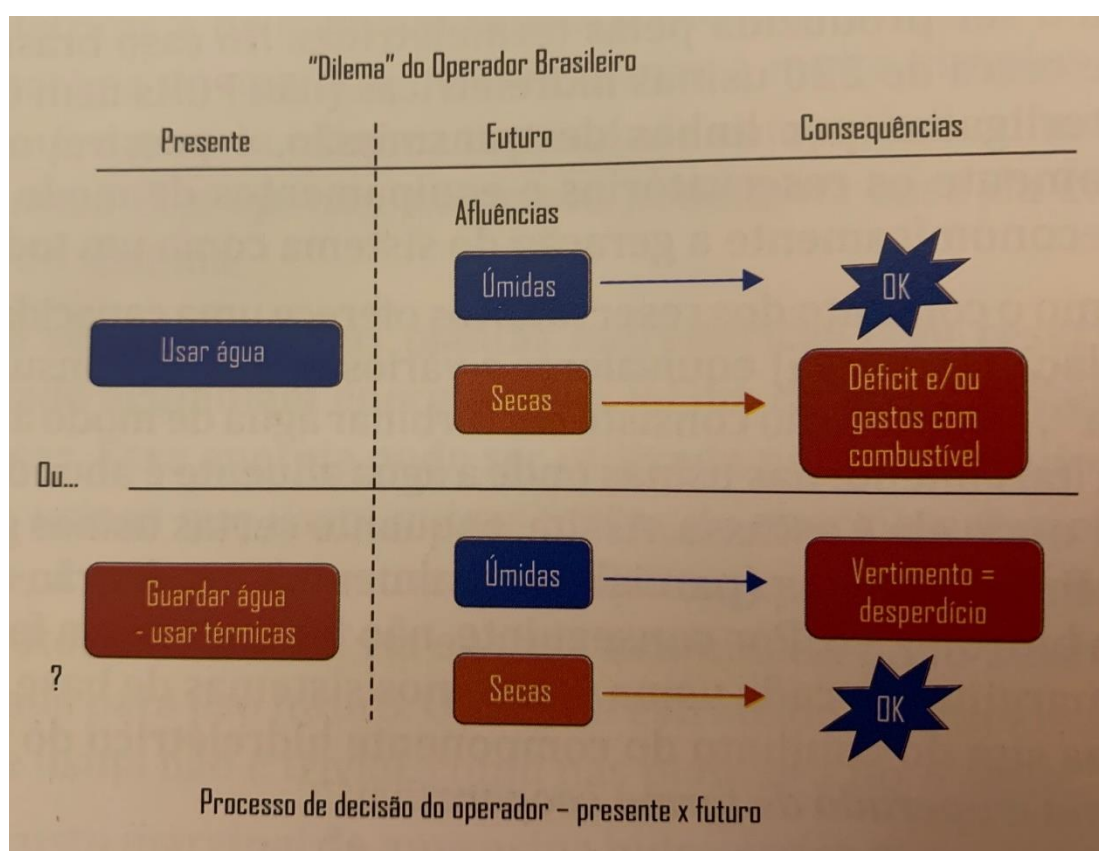
Atualmente, a formação de preços no SEB é feita de forma a minimizar o custo de atender, em curto prazo, uma unidade adicional à demanda para a qual o sistema foi constituído de modo a supri-la ao menor custo, o chamado Custo Marginal de Operação (CMO).

O Preço de Liquidação das Diferenças (PLD) é o preço utilizado para valorar determinadas operações no âmbito do Mercado de Curto Prazo (MCP). Esse preço é calculado semanalmente¹³ para cada submercado e cada patamar de carga, tendo como base o Custo Marginal de Operação, limitado por valores mínimo e máximo definidos pela ANEEL.

¹³ A expectativa é de que o PLD passe a ser calculado a cada hora a partir de 2021.

Se houver hidrelétricas que estejam vertendo, o CMO é baixo, apenas o necessário para cobrir despesas de operação e manutenção. Se não há vertimento, tal custo varia bastante, pois o atendimento incremental acarreta depleção ou retardo no reenchimento dos reservatórios. Em maior ou menor grau, essa situação exige maior volume de água para produzir uma unidade de energia e aumenta o risco de déficit de atendimento. A Figura 4 mostra esse dilema de forma esquemática.

Figura 4: O Dilema do Operador Nacional do Sistema.



Fonte: Salomão, de Oliveira (2017), p.60.

Quando a esse risco corresponde um custo determinado pelos critérios de operação do sistema interligado, as termelétricas são acionadas, na ordem crescente de seus custos de operação. Finalmente, se todas as termelétricas já estiverem em plena operação, um aumento de demanda acarreta deplecionamento da energia armazenada, já em estado crítico.

Portanto, é natural que num sistema gerador ainda dotado de forte base hidráulica, como o brasileiro, os custos de suprimento não contratado sejam muito variáveis, em vista da possibilidade de se ter de acionar usinas térmicas, algumas das quais apresentam custos de operação elevados.

Por outro lado, quando há sobra de capacidade hidrelétrica, vigora o preço mínimo. Em termos gerais o PLD representa o custo variável de geração do recurso energético mais caro efetivamente despachado para atendimento ao sistema.

Entretanto, o PLD não é apenas um indicador de custos de operação, mas um importante instrumento de orientação dos agentes do mercado de energia elétrica, pois os afeta financeiramente mediante incentivos e penalidades. Consumidores livres e empresas distribuidoras ficam expostos ao PLD por não terem contratado energia suficiente para seu suprimento; por outro lado, geradores que tenham contratado maior suprimento de energia do que conseguem fornecer também ficam expostos a terem de adquirir a diferença no mercado de curto prazo.

No entanto, podem ocorrer situações nas quais esses agentes não deveriam ser penalizados, por não serem responsáveis por não terem adquirido energia em quantidade suficiente ou porque o parque gerador enfrenta situação hidrológica excepcionalmente desfavorável, ou não tenha sido expandido adequadamente.

O forte movimento para alterar o critério de definição do PLD, que hoje se registra, apresenta pelo menos dois objetivos distintos: conferir maior consistência à justificativa de seu limite superior e reduzir substancialmente seu valor.

Diminuir o valor máximo do PLD reduziria o prejuízo de diversos agentes, consumidores livres, distribuidoras e geradores fortemente expostos ao mercado de curto prazo; se tomada imediatamente, estimularia a oferta de energia existente nos próximos leilões, o que também reduziria

aqueles prejuízos, pelo menos no curto prazo; por fim, diminuiria o desequilíbrio entre agentes deficitários e superavitários.

A adoção de um valor próximo da média dos custos de geração térmica para o limite superior do PLD em vez de um valor que represente o nível de custos de operação termelétrica mais elevados desestimularia os esforços para que se evite a utilização dessas geradoras, não sinalizaria a gravidade da situação da oferta e careceria de uma base teórica, como a dos custos marginais. Além desses aspectos, a própria definição do PLD torna um contrassenso definir o limite superior do seu valor, relacionado aos custos marginais de operação, geralmente crescentes, pelo seu valor médio.

Os limites do PLD poderiam ser revistos adotando os seguintes critérios:

Revisão feita gradualmente, de forma transparente, amparada em consulta pública, com justificativas que reflitam a realidade do setor e não aspectos conjunturais.

Valor máximo do PLD reflita a média ponderada dos custos do conjunto de usinas mais caras que representem determinada parcela da oferta de energia termelétrica.

Sejam examinadas e, eventualmente, previstas nos contratos de suprimento situações deficitárias nas quais a responsabilidade por falta de suprimento não seja atribuída aos respectivos agentes, como quando o sistema enfrenta situações hidrológicas adversas ou carece de equilíbrio estrutural, pelo qual o governo é responsável. Observa-se que, pelas regras vigentes, se decretado o racionamento, o procedimento de rede não penaliza os geradores pelas parcelas não supridas.

Se o valor máximo do PLD for fixado em níveis muito inferiores aos de usinas mais caras que venham a ser utilizadas, parte dos custos destas deixarão de ser arcados pelos agentes contratados e terão de ser arrecadados

por outros mecanismos, possivelmente através dos Encargos de Serviços do Sistema isto é, junto à totalidade dos agentes.

Tanto o valor máximo quanto o mínimo do PLD são relevantes para a contratação de energia nova, pois o primeiro indica o possível ganho do investidor ou o prejuízo do consumidor que fique a descoberto enquanto o segundo, se for demasiado baixo, pode atuar no sentido inverso, ao incentivar os compradores a assumirem riscos excessivos, frequentemente prejudiciais, pelo menos para os próprios, ao deixarem de contratar seu suprimento.

4.2.2. Formação de Preços por Oferta

No modelo de preço por oferta, também conhecido como *Loose Pool*, os geradores fazem as ofertas que irão formar a curva de oferta de energia do sistema. Por sua vez, os consumidores fazem propostas de preços para diversos patamares de consumo, essas ofertas passarão a compor a curva de demanda de energia do sistema. A interseção das curvas de oferta e de demanda define o preço da energia e os geradores que serão despachados, que são aqueles cujos preços ofertados são menores ou iguais ao preço da energia. A Colômbia e o Nordpool, são exemplo de mercados que adotam o modelo de formação de preço por oferta.

O mecanismo de formação de preço por oferta é um mercado competitivo em que os riscos são alocados aos vendedores, dessa forma o consumidor se beneficiaria da disputa entre diferentes vendedores que estariam tentando minimizar seus custos e diminuindo suas margens de lucro necessárias para cobrir, além dos custos de capital, os riscos (i) nível de demanda e preços de mercado; (ii) mudanças tecnológicas que podem tornar tecnologias obsoletas; (iii) decisões de gestão e manutenção dos ativos; e (iv) risco de crédito (Viana, 2018, p.246).

Nos países em que há uma estrutura competitiva na indústria de energia elétrica observa-se uma estrutura de competição nos segmentos de geração e comercialização. A teoria microeconômica, preconiza condições fundamentais para caracterizar um mercado como perfeitamente competitivo (Castro, et al., 2017):

i. O mercado deve ter grande número de produtores e compradores para que nenhum deles tenha poder de mercado; ii. Como nenhum agente pode influenciar o preço, eles são apenas tomadores de preço, podendo somente decidir o quanto desejam produzir; iii. Há um produto homogêneo; iv. Não existem barreiras à entrada nem à saída no mercado; v. Existe livre mobilidade dos fatores de produção, capital e trabalho, em todas as empresas e na indústria como um todo; vi. Todos os agentes sempre possuem exatamente a mesma informação para tomar suas decisões. De acordo com (Biggar, et al., 2014), não se observa a competição perfeita¹⁴ nos segmentos de geração e comercialização, sendo o oligopólio¹⁵ a estrutura mais comum nesse tipo de indústria. O grande desafio é, então, criar várias destas condições para que o resultado do mercado seja o mais próximo possível do que seria em concorrência perfeita. Nos segmentos de transmissão e distribuição, por serem monopólios naturais, ainda prevalece a regulação por meio de tarifas.

Assim, para que o mecanismo de formação de preço por oferta opere adequadamente, faz-se necessário um grande número de compradores e vendedores, além de ferramentas para que os consumidores possam comparar os preços e os serviços oferecidos pelos diferentes fornecedores. Logo, outro desafio importante do mecanismo é tornar o consumidor sensível aos preços do mercado à vista.

¹⁴ Ocorre em um mercado em que há uma grande quantidade de vendedores e compradores. Esse cenário favoreceria o equilíbrio natural dos preços pela relação entre oferta e demanda.

¹⁵ É um sistema que caracteriza um mercado onde existem poucos vendedores para muitos compradores.

Em uma abordagem de preço por oferta, há a opção de se adotar um mecanismo híbrido, tais como os empregados nos mercados de energia do México e do Vietnã. Nesses mercados os agentes de geração submetem as suas ofertas (despacho por preço), contudo essas ofertas devem estar dentro de uma certa tolerância dos custos que foram previamente estimados centralizadamente (despacho por custo) (Barroso, 2018).

No mercado com despacho centralizado e formação de preço por oferta (*loose pool*) todos os agentes podem ofertar preços e quantidades, de maneira que a ordem de mérito é construída sem necessidade de um modelo computacional. O preço de equilíbrio entre oferta e demanda é o preço de liquidação do mercado.

Dentre as características intrínsecas do mercado de preço por oferta, podem ser citadas:

Diminuição da capacidade de regulação do Estado; Os preços do mercado de energia elétrica ficam menos sujeitos à interferência política; Preços são definidos competitivamente por compradores e vendedores; Captura melhor a aversão a risco dos agentes. A redução da capacidade de regulação do Estado é extremamente desafiadora em mercados nos quais os reguladores e os formuladores de políticas estão habituados a usar as tarifas de energia como ferramenta política, como por exemplo para o combate da inflação, com tarifas que não refletem plenamente a evolução dos custos (Viana, 2018, p.257).

Em um mercado competitivo, uma agência reguladora deve evitar um processo de intervenção regulatória contínua nos preços e contratos. A agência reguladora, nesse caso deveria ter um viés fortemente econômico e de competição, uma vez que passa a ser necessário o monitoramento de práticas anticompetitivas dos vendedores e a disponibilização de serviços dos vendedores para todos os consumidores (Viana, 2018, p.257).

4.2.3. Modelo Híbrido Oferta-Modelo

Há os que propõem um modelo de mercado em substituição ao modelo atual brasileiro em que o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE) seria substituído por um mercado de curto prazo chamado de modelo de reservatório virtual, em que a gestão de reservatórios (virtuais) é responsabilidade de cada hidrelétrica: estas podem economizar água de acordo com suas próprias percepções de risco, mantendo os níveis atuais de eficiência e segurança, e realizando ofertas virtuais de geração no mercado de curto prazo.

Apesar de o despacho (inclusive o hidráulico) continuar sendo realizado de forma centralizada pelo operador do sistema de maneira a minimizar o custo de operação das termelétricas, e o custo de oportunidade do uso da água. Concomitantemente, as ofertas virtuais das hidrelétricas, que podem virtualmente manejar seus recursos hídricos de forma independente, passam a formar preços.

Os resultados do trabalho sugerem que os preços de mercado mensais de curto prazo finais podem diminuir substancialmente em comparação com os preços atuais, ao passo em que se mantém a gestão de risco sobre os recursos hídricos.

Uma alternativa, conforme (Calabria, 2015), apenas usinas térmicas fariam ofertas de preços e quantidades, enquanto usinas hidráulicas apenas indicariam sua disponibilidade. Essa abordagem é favorável em sistemas hidrotérmicos, uma vez que leva em consideração o custo de oportunidade do uso da água das hidrelétricas. Para esse caso, é necessário executar um modelo computacional que otimize o despacho com base no custo de operação do sistema (apud GT Modernização do Setor Elétrico Portaria N° 187/2019).

4.2.4. O Exercício de Poder de Mercado na Formação de Preços

No ambiente de despacho por oferta de preços, um dos principais desafios a serem enfrentados é o exercício do poder de mercado.

“Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado”¹⁶.

O trabalho de (Munoz, 2018) detalha esta questão, apresentando casos reais em que há evidências empíricas de sua existência em mercados de energia por oferta de preços nos Estados Unidos (Califórnia, PJM e New England). Em contraste, os autores discutem sobre a existência de poder de mercado mesmo quando se adota o despacho por custo, muitas vezes devido a decisões de investimento no mercado, o que é demonstrado numericamente, além de outros fatores como possibilidade de arbitragens nas taxas de indisponibilidade, evento de difícil verificação pelo regulador (Harvey, 2004, p.25).

Outra frequente abertura para o exercício de poder de mercado em despacho por oferta ocorre em condições de stress do sistema, como congestionamentos na rede, baixa liquidez no mercado e manutenções de unidades geradoras ou linhas de transmissão (Munoz, 2018).

Embora os mercados de despacho por oferta, em geral, permitam maior poder de mercado, é comum nesses ambientes a existência de uma entidade específica para monitoramento, que adota técnicas de mitigação deste efeito (Munoz, 2018) como: i) testes de conduta e impacto; ii) testes estruturais. Enquanto o primeiro conjunto de testes monitora se os lances apresentam desvios incomuns em relação a alguma normalidade, acionando um mecanismo para redefini-lo para um lance padrão. O outro conjunto de

¹⁶ Fonte: Cartilha do CADE (Atualização em 2016), p.8.

testes consiste em monitorar o exercício de poder de mercado em congestionamentos, aplicando um lance padrão, caso o número de fornecedores diante deste congestionamento seja inferior a um número pré-estabelecido.

Outro caso de monitoramento envolve a vigilância de padrões de lance no longo prazo, verificando se os agentes realizaram lances não-rationais, aplicando penalidades caso o comportamento tenha explorado do mecanismo de formação de preços. Adicionalmente há estudos de *benchmark*, muitas vezes utilizando simulações de despacho por custo, técnica adotada também no sistema neozelandês e em mercados do Estados Unidos.

A formação de preços de energia elétrica no mercado foi tratada por (Littlechild, 2018) ao analisar preocupação do Parlamento Britânico sobre o poder de mercado das companhias.

Ao considerar que diferenças de preços são normais em mercados competitivos, ele afirma que em alguns mercados varejistas de energia o menor preço é geralmente considerado como "o preço do competidor" do momento e os demais preços são tratados como excessivos, sendo esta uma forma de explorar o poder de mercado. Esse comportamento trata-se de uma distorção, pois o que importa é a viabilidade dos preços no momento da contratação, motivo pelo qual se estabelece o price cap e os investidores verificam se o modelo de negócios é sustentável.

Assim, o caso britânico (Littlechild, 2018) propôs uma solução para a indústria elétrica: as seis grandes companhias de distribuição já estabelecidas poderiam ceder clientes para novos operadores, aumentando assim a concorrência do mercado.

Dessa forma, as seis maiores distribuidoras poderiam montar subsidiárias com um número de clientes (ex.: 10%) e os novos operadores poderiam adquiri-las a preços de mercado, numa negociação de ativos. Essa

solução já foi adotada na geração, em que dois grandes geradores (National Power e PowerGen) aceitaram um convite para vender 10% da capacidade total para novos operadores.

“É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. Salienta Gerard Farjat (ob. cit., p. 472): "Les phénomènes comme les ententes, les positions dominantes, les pratiques restrictives, les concentrations ne sont plus en eux-mêmes des phénomènes pathologiques, mais ils constituent, au contraire, une réalité fondamentale du nouvel État industriel — l'ordre privé économique" (v. item 3).” (Grau, 2010, 211).

5. CONCLUSÃO

Ao longo da história da humanidade a busca do ser humano tem sido por proteção. Proteção contra as intempéries, contra os animais selvagens, contra os outros humanos que ameaçam sua existência, seja na disputa por sobrevivência, seja na disputa pelo que lhe dá satisfação. Sem proteção o homem não consegue realizar seus desejos de liberdade e felicidade.

O modo de defesa está sempre em alerta, é instintivo dos animais, e o ser humano não é diferente. O estado de natureza de Hobbes é uma consequência, é uma resposta à necessidade de proteção – o homem não é agressivo por natureza, ele é defensivo por natureza. A defesa pode traduzir-se em agressividade, sim, mas o ser humano não sai agredindo o seu semelhante gratuitamente a não ser que seu modo de defesa esteja desregulado, exarcebando-se independentemente da situação.

A relação poder-proteção requer uma análise complexa: quanto mais poder o indivíduo tem maior é sua necessidade de proteção e quanto menos poder o indivíduo tem maior é sua necessidade de proteção também! O que reforça a tese de que a proteção é uma necessidade básica que está no cerne de todas as outras necessidades humanas. O poder representa temor mas também cobiça. São duas faces da mesma moeda.

As modificações por que passaram os agrupamentos humanos criaram novas necessidades materiais e morais. As relações se modificaram, aumentaram sua complexidade à medida que o ser humano criou para si a necessidade de se relacionar com um número maior de pessoas em contextos cada vez mais elaborados e em teias cada vez mais intrincadas e de alcance cada vez mais longo.

Juntamente com essas novas necessidades e relações surgiu a propriedade privada que promoveu a divisão do trabalho e a desigualdade entre os homens: dividindo-os em quem tinha terras e quem não tinha. A apropriação da natureza pelo homem deu início com a descoberta do fogo.

A partir daí o sentimento de poder do homem em relação à natureza só cresceu – ele julgou-se capaz de dominá-la...

Do uso trivial do fogo para cozer alimentos até seu uso para tornar possível a fabricação das máquinas a vapor e de armas – o homem se via cada vez mais poderoso e destemido – mal sabia que séculos depois ele precisaria se proteger de si mesmo.

A complexidade e quantidade crescente das relações exigia normas de conduta - como afirmou Bobbio (2004, p.10) não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta. Os contratos sociais precisavam ser firmados para regular as relações humanas e garantir a proteção dos direitos dos homens.

À medida que se complexificavam os agrupamentos e relações humanas, cresciam em complexidade as estruturas necessárias para ampará-las, para regulá-las, para fazê-las voltar ao estado de normalidade, de paz. Quando surge a concepção do que hoje se chama Estado moderno, com a Paz da Vestfália, ele tem origem justamente a partir da necessidade de se restabelecer a paz que tinha sido posta em cheque por conflitos religiosos – até os deuses e as religiões se multiplicavam para servir aos homens e lhes conferir mais poder.

Depois do fogo surgiu a eletricidade – apesar de ter vivido sem ela a vida inteira a energia elétrica se tornou essencial para as necessidades humanas cada vez mais sofisticadas, a ponto de ser considerada um ativo coletivo até se transformar em *commodity* na visão de alguns. Assim como a água, a energia está se constituindo em recurso cada vez mais escasso num mundo em que a luta do homem com a natureza segue viva e com perdedores de todos os lados. A propriedade privada da terra não é mais a única geradora de desigualdades sociais – a propriedade dos recursos naturais é o que está atualmente alargando cada vez mais o abismo entre os

seres humanos – e, atualmente, as sociedades dividem-se em quem tem acesso aos recursos naturais e quem não tem.

É nesse contexto que se insere a percepção da energia elétrica como recurso estratégico para a soberania dos Estados. Os indivíduos que têm acesso a ela precisam ser regulados para que não se apropriem da mesma de maneira individualista, inconsequente e gananciosa. A defesa dos interesses soberanos e coletivos e dos direitos fundamentais é papel do Estado do qual ele não pode se furtar.

A regulação mostra-se cada vez mais essencial à medida que surgem novos atores nas relações existentes ou que se constroem novas relações com novas categorias de atores. O Setor Elétrico Brasileiro tem sido pioneiro em criar teias cada vez mais complicadas de relações e a cada reforma insere pelo menos um novo personagem.

Com a iminente abertura total de mercado, passo nunca visto no Setor Elétrico Brasileiro, torna-se imperativo observar as particularidades do modelo brasileiro, dos atores brasileiros, da necessidade de se ter um lastro físico de energia para prover segurança jurídica e comercial às transações. A abertura de mercado tem que acontecer de maneira gradual, responsável e estruturada sob pena de o homem se ver novamente com seu modo de defesa em alerta buscando proteção contra os perigos que pensava que há muito haviam sido extintos. E não estamos falando da era das cavernas – isto aconteceu há quase vinte anos num país dito desenvolvido. É isso que o Estado não pode deixar que aconteça no Brasil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIENTI, Wagner Leal. Teorias da regulação capitalista, objeto e método:além do economicismo, estruturalismo e funcionalismo. *Textos de Economia*, Florianópolis, v.9, n.1, p.38-60 , jan./jun.2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*.Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Out-dez.2001.p.187-212.

BARROSO, Luiz Augusto. *A implementação de um modelo de formação de preço por oferta: proposta e transição*. s.l.: Seminário Internacional de Comercialização de Energia Elétrica - ANEEL, 2018.

BIGGAR, Darrayl R.; HESAMZADEH: *The Economics of Electricity Markets*.Wiley, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros.

BRESCIANI, Maria Stella Martins. *Londres e Paris no século XIX*. O espetáculo da pobreza. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BURDEAU, Georges. O Estado. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2005, 184p.

CAMARGO, Luiz Gustavo Barduco Cugler. *O setor elétrico brasileiro e sua normatização contemporânea*. Santos. 2005. 358 p. Monografia Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Católica de Santos.

CARNEIRO, Tiago Feres. *O setor elétrico brasileiro e o caso das distribuidoras: um estudo sobre seus resultados recentes*. Rio de Janeiro. 2003. 55 p. Monografia Departamento de Economia da PUC-Rio.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORREIA et al., Trajetória das Reformas Institucionais da Indústria Elétrica Brasileira e Novas Perspectivas de Mercado: Revista EconomiA. Brasília (DF), v.7, n.3, p.607–627, set/dez 2006.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo Salles. O aumento arbitrário de lucros na lei de defesa da concorrência. *In: Revista do IBRAC*. Número 25, Jan/jun 2014, p 121 e seguintes.

FILHO, Alexandre Carneiro da Cunha; VIANA, Camila Rocha Cunha. Pactos Regulatórios: a regulação positiva, o direito administrativo e a busca de resultados. *Revista de Direito Administrativo e Contemporâneo*. Serviços Públicos e Atividades Reguladas. Vol.20 (setembro-outubro 2015).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALMARCO, Arthur Rodrigues. *Regulação, Energia e Inovação: uma análise comparada entre Brasil e Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 220 p.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. O conceito jurídico de regulação da economia: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Curitiba: Juruá, n.6, 2001. p.59-74.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 33ª ed. 2016. 1.152p.

DE SECONDAT, Charles-Louis. *O Espírito das leis*. 2001. 315p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limite da função reguladora da agências diante do princípio da legalidade. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2004. p.19-89.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo e Dignidade da Pessoa Humana. *In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr. / jun. 2013.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

GARCIA NETO, Urias Martiniano. A evolução e os desafios da regulação no setor elétrico brasileiro. *In: JUNQUEIRA, Kátia (Org.). Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas*. Rio de Janeiro: Synergia, 2019. p.57-82.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HARVEY, et al., *A Hazard Rate Analysis of Mirant's Generating Plant Outages in California*. Center for Business and Government. Harvard University. 2004. 37 p.

HOBBSBAWM, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

KESSLER, Marcos Rodolfo. *A regulação econômica no setor elétrico brasileiro: teorias e evidências*. Porto Alegre. 2006. 170 p. Dissertação Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

LÊNIN, V.I. O Estado e a revolução. In: *Obras escolhidas em três tomos*. Lisboa/Moscou: Avante!/Progresso, 1977, t. 2.

LITTLECHILD, Stephen. *A viable alternative to any damaging energy price cap*. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. Forum Administrativo de Direito Público. Edição Comemorativa nº 100. Ano 9. Junho 2009. p.85-93.

MARTINS, Fernando Barbalho. A legitimidade democrática das agências reguladoras. In: *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, 2004.p.66-89.

MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC p.223-232, 2010/1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD Carlos Ari; Rosilho, André. *Direito da Regulação e Políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p.107-139.

MUNOZ, et al., *Economic Inefficiencies of Cost-based Electricity Market Designs*. 2017.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática: Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo. n.36, 1995.

_____. Estado, aparelho do Estado e sociedade civil. *Texto para Discussão*. ENAP. Brasília, 2001

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. São Paulo: Max Limonad, 1971.

TOLMASQUIM, Maurício. O marco regulatório do novo modelo do sistema elétrico: um balanço positivo. In: DA ROCHA, Fábio Amorim (Org.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012. p.2-27.

VIANA, Alexandre Guedes. *Leilões como mecanismo alocativo para um novo desenho de mercado no Brasil*. São Paulo. 2018. 624 p. Tese Escola Politécnica Universidade de São Paulo.