



Enron América do Sul Ltda.

Av. das Nações Unidas, 11.541

6º andar – 04578-000

São Paulo – SP – Brasil

Tel. 5511 5503-1399

Fax. 5511 5503-1270

São Paulo, 19 de maio de 2000

Ilmo. Sr.
Dr. José Mário Abdo
M.D. Diretor Geral
Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL

Ref: Comentários da ENRON sobre a Audiência Pública 001/2000

Senhor Diretor Geral:

A ENRON agradece a oportunidade de submeter comentários e sugestões sobre a Audiência Pública ANEEL 01/2000, cujo objetivo é estabelecer limites e condições para a participação dos agentes nas atividades do setor de energia elétrica.

Aplauda ainda a iniciativa da ANEEL de preocupar-se com a criação das condições necessárias para assegurar uma adequada concorrência no setor de energia elétrica.

O monitoramento da ANEEL sobre as condições de concorrência se faz extremamente necessário nesta fase de transição do setor elétrico, na qual algumas das empresas mais importantes permanecem verticalizadas, existindo ainda uma forte concentração da geração no setor público. Por outro lado, este mesmo setor público detém a maioria dos ativos de transmissão constantes da Rede Básica. Não há dúvida de que em uma indústria parcialmente verticalizada e em que os ativos de geração estão em mãos de tão poucos agentes, faz-se mister a fixação de limites à concentração que sirvam como sinalizador, entre outros fatores, para prevenir um possível comportamento anti-competitivo ou discriminatório dos agentes.

A ENRON considera também oportuna a iniciativa de revisar a Resolução 94/1988, que representou a primeira tentativa, específica ao setor

elétrico, de reger sobre a matéria de concorrência e potencial abuso de poder econômico. A minuta de Resolução atual resgata alguns dos preceitos específicos da Resolução 94/98 e procura atualizá-la à luz das condições vigentes do setor.

Uma das necessidades de atualização apontadas na minuta da Resolução diz respeito à fixação de limites à atividade de comercialização, seja para comercialização intermediária seja para aquela envolvendo os consumidores finais. Não é necessária nem desejável a fixação de limites para a participação dos agentes nos negócios de comercialização, por ser esta uma atividade intrinsecamente competitiva, com reduzidas barreiras de entrada/saída e com custos fixos e investimento de capital desprezíveis. Trata-se pois de uma atividade perfeitamente “contestável” sob o ponto de vista micro-econômico.

Impor limites de concentração às atividades de comercialização também viola o princípio basilar de que os consumidores podem, à medida que se tornam livres, escolher o fornecedor que melhor lhes aprouver. Ademais, após um exame detalhado da legislação sobre concorrência e sobre o setor elétrico em particular, não se encontra, s.m.j., o respaldo legal necessário para a ANEEL estabelecer limites máximos de participação de mercado para os agentes de comercialização.

Estes aspectos serão explorados em detalhe nas páginas que seguem. Por facilidade expositiva, os comentários da ENRON estão organizados em quatro seções principais:

- I. A lógica econômica na fixação de limites para concentração da atividade de comercialização
- II . Aspectos jurídicos relacionados à fixação de limites à concentração na atividade de comercialização
- III. A experiência internacional relativa à fixação de limites à comercialização
- IV . Outros aspectos que deveriam ser abordados pela minuta de Resolução constante na AP 01/2000

Cada uma destas seções será descrita nas páginas que seguem:

I - A LÓGICA ECONÔMICA NA FIXAÇÃO DE LIMITES PARA CONCENTRAÇÃO DA ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO

A desverticalização do setor elétrico em quatro atividades principais (geração, transmissão, distribuição e comercialização), mostrou que estas são muito distintas sob o ponto de vista de dinâmica competitiva no mercado. A regulamentação e a necessidade de imposição de condições e limites para assegurar concorrência isonômica devem pois ser diferenciadas para cada um destes setores, levando em conta suas características específicas.

No novo modelo desenhado para o setor elétrico, prevê-se concorrência nas atividades de geração e comercialização. Apesar do objetivo comum de se lograr concorrência nestas duas atividades, as características peculiares de cada uma delas exigem soluções e restrições regulatórias muito diferentes.

Quando da publicação da Resolução 94/98, a qual foi suportada por preceitos da MP 1.531 (a qual, após diversas reedições, foi convertida na Lei 9.648/98) não foi dada atenção à atividade de comercialização em si mesma. A Resolução 94/98 é pois omissa a este respeito. Este fato é justificável haja vista que a atividade de comercialização em si, separada das atividades de distribuição de energia elétrica era ainda “embrionária” e o número de clientes livres era pequeno. Historicamente, a atividade de comercialização vinha sendo exercida em conjunto com a atividade de distribuição.

Com o aumento da concorrência no lado da demanda e da oferta, com o crescimento do número de contratos livremente negociados propiciados pela instalação do MAE e com a emergência da figura do “comercializador livre”, faz-se agora necessário revisar e atualizar a Resolução 94/98, incluindo-se explicitamente a figura do comercializador e dos negócios de comercialização.

Entretanto, é preciso ter-se presente, de forma bem clara, que a atividade de comercialização, da forma como foi concebida e vem sendo implementada, é intrinsecamente competitiva e as soluções de limitação de mercado, que vem sendo tradicionalmente aplicadas à geração não podem ser, *strictu sensu*, utilizadas.

As soluções para limitar e coibir o comportamento anti-competitivo devem, portanto, ser muito diferentes.

A ENRON entende que a comercialização em si é um exemplo, quase perfeito, de uma atividade desenvolvida em um mercado “contestável”. (Mercado “contestável” definido como aquele em que os agentes que nele atuam se “comportam” adequadamente, diante da iminência da entrada de novos concorrentes). Os agentes que atuam neste mercado, não tem condições de estabelecer preços, de forma duradoura, acima dos que seriam definidos sob condições de concorrência perfeita. É a ameaça e a iminência de entrada de novos participantes que determina o comportamento dos participantes da indústria. Quanto mais fácil a entrada de novos agentes, maior o grau de contestabilidade do mercado, menores as chances de comportamentos anti-competitivos. E, por corolário, menor a necessidade de intervenção regulatória sobre a indústria.

Uma definição mais técnica e lúcida das características de um mercado contestável é oferecida por Baumol et al ¹:

“Um mercado perfeitamente contestável é definido como aquele em que a entrada e a saída são fáceis e apresentam custos desprezíveis, podendo ou não ser caracterizadas por economia de escala e de escopo, mas que não tenham barreiras para entrantes, conforme discutido por Baumol e Willig (1981b). Acredita-se que os potenciais entrantes possam ter acesso às mesmas técnicas de produção e às demandas de mercado que estejam disponíveis às empresas incumbentes. Não há qualquer restrição legal para a entrada e a saída no mercado e nenhum outro custo para o entrante que não seja arcado pelo incumbente. Um agente entrará no mercado caso espere obter lucros reduzindo seu preço em relação ao do incumbente e atendendo toda demanda de mercado a esse preço inferior... entrantes potenciais não são barrados pela retaliação de preços dos incumbentes, podendo ser barrados apenas quando os preços de mercado não permitirem uma entrada lucrativa.”

As razões que seguem procuram mostrar o elevado grau de contestabilidade do segmento de comercialização de energia elétrica no Brasil:

¹ BAUMOL, William, PANZAR, John e WILLIG, Robert. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Revised Edition. Hartcourt Brace Jovanovich, Publishers (1988)

- 1) A atividade de comercialização em si, (separada da atividade de distribuição) apresenta mínimas barreiras de entrada. Um comercializador puro pode habilitar-se para operar neste mercado de uma forma muito ágil e virtualmente a custo “zero”. Basta que formalize um pedido de autorização para comercialização junto à ANEEL, o qual é outorgado em prazos médios de um mês, mediante comprovação de requisitos mínimos de regularidade estatutária, trabalhista e fiscal. Da mesma forma, um autorizado pode solicitar a revogação de sua licença para operação a qualquer momento, a um custo desprezível, desde que tenha honrado seus contratos de compra e venda de energia. As barreiras regulatórias de saída são portanto mínimas;
- 2) A atividade de comercialização, sejam de curto ou de longo prazo, não dispõem de territórios exclusivos de atuação concedidos, reservas de mercado, privilégios, quotas ou qualquer distorção de mercado do gênero; as condições de competição garantem perfeita isonomia entre os participantes atuais e futuros entrantes;
- 3) As atividades de comercialização em si requer investimentos e custos fixos mínimos para sua consecução e apresentam economias de escala reduzidas. Isto faz com que os participantes atuais e futuros atuem em condições de perfeita isonomia competitiva. Portanto, é muito difícil que um participante da indústria alavanque sua posição de “incumbente” auferindo vantagens sobre ou erguendo barreiras para um potencial entrante. Esta é uma diferença fundamental entre a comercialização pura e a geração. A geração é, por essência, uma atividade capital intensiva, onde é necessário um forte comprometimento inicial de capitais em ativos fixos, os quais, em sua grande maioria, se tornam comprometidos (“stranded”) tão logo executados. Em uma situação como esta, há uma tentação natural do concessionário incumbente de “negligenciar” seus custos fixos não recuperáveis ao fixar preços criando assim uma barreira de entrada “virtual” para potenciais entrantes. A “contestabilidade” do segmento da geração é portanto baixa. Este fenômeno não ocorre na comercialização de energia;
- 4) “Mercado Relevante” virtualmente infinito para comercialização - este é um conceito muito importante ao se avaliar as condições de

concorrência. Mercado relevante é aquele sub-segmento do mercado em que o participante da indústria pode exercer de forma temporária ou duradoura “poder de mercado”, estabelecendo preços superiores aos que seriam derivados de uma concorrência “perfeita”. A lei 8.884/94 introduziu a expressão “mercado relevante”. Esta passa a ser base para a caracterização do ilícito previsto nos incisos do Art. 20 da referida lei. “*O domínio de mercado e o abuso de posição dominante são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante*”¹. No segmento de comercialização, pela natureza predominante financeira dos contratos, o mercado relevante é amplo, abrangendo virtualmente todo o setor interligado nacional, ao qual se adicionam ainda opções de importação. Possibilidades de manipulação em “nichos” ou sub-segmentos são diminutas, haja vista a natureza financeira (hedges de preço) e não física da maioria dos contratos de comercialização. A contestabilidade do mercado de contratos financeiros é virtualmente infinita;

- 5) As condições de acesso e uso aos sistemas de transmissão e distribuição, com base em custo nodal, recentemente regulamentadas pela ANEEL (Resoluções 281, 282 e 286, todas de 1999), bem como as Regras do Mercado Atacadista de Energia (MAE) no que concerne à formação de preços “spot” e às perdas de transmissão (FPTs) foram desenhados para reforçar a concorrência plena em cada “nó elétrico” do sistema. O conjunto destas regulamentações permite a qualquer usuário ter acesso à commodity energia elétrica a preços definidos no centro de gravidade de um amplo sub-mercado (grande número de participantes) e a partir daí “escoar” sua energia a preços regulamentados. Estes mecanismos tornam a concorrência por contratos extremamente eficaz (ao invés de, por exemplo, sistemas onde os preços são definidos a nível de regiões elétricas muito menores). Nem todos os sistemas de transmissão e preços apresentam esta virtude. Em várias regiões dos Estados Unidos, por exemplo, aplicam-se conceitos de uso e preços do sistema de transmissão que beneficiam a concessionária incumbente em

¹ FORGIONI, Paula A.. *Os fundamentos do Antitruste*, 1998. Editora Revista dos Tribunais.

detrimento de possíveis novos entrantes. Reforça-se, mais uma vez, o argumento contestabilidade nas atividades de contratação e comercialização de energia para o caso brasileiro.

As Recomendações do Projeto RE-SEB no tocante à comercialização

A despeito da Resolução 94/98 não ter abordado a figura do comercializador “puro” de energia, este novo agente já estava perfeitamente “delineado” nos conceitos e no arcabouço das recomendações emanadas desde junho de 1997, pelo Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro. Estava também o mesmo implícito na Lei 9.074/95, a qual consolidou a figura do “consumidor livre”.

O Projeto RE-SEB deu especial atenção às condições e limitações para introdução da concorrência no setor elétrico brasileiro. A busca de condições isonômicas de concorrência, seja por “desenho” de estrutura seja por intervenção regulatória foi uma preocupação constante que permeou todas as recomendações do Projeto. Foi o próprio Projeto RE-SEB que apontou para a necessidade de impor limites para participação cruzada (“cross-ownership”), auto-abastecimento (“self-dealing”), integração horizontal e vertical e concentração societária. Alguns destes conceitos foram aproveitados quando da elaboração da Resolução 94/98, da MP 1.531 e da Lei 9.648/98.

Entretanto, o Projeto RE-SEB nunca sugeriu a imposição de limites à atividade de comercialização, por ser entendimento comum que este segmento do setor gozaria de plenas condições de concorrência, suportadas por um “desenho” de mercado que lhe garantiriam máxima “contestabilidade”.

Segue em anexo, a título de exemplo, uma matriz resumo, contendo as principais condicionantes, restrições e limites de atuação às diversas atividades do setor elétrico. Note-se que no que concerne à comercialização ao mercado livre, o Projeto RE-SEB não previa qualquer provisão relativa à concorrência, aos aspectos econômicos ou ao serviço ao consumidor, restando apenas provisões de natureza técnica (por exemplo padrões de medição). Estas recomendações são perfeitamente consistentes com a “contestabilidade” do mercado em que a comercialização ocorre, bem como

com a natureza bilateral e livremente negociada das condições dos futuros contratos de comercialização.

Atividade	Medidas Concorrenciais	Regulamentação Econômica	Regulamentação Técnica	Atendimento ao Cliente
Geração	✓	✓ Contratos Iniciais	✓	
Transmissão	✓	✓	✓	
Distribuição	✓	✓	✓	
Comercialização mercado livre			✓	
Comercialização mercado cativo	✓	✓	✓	✓
Sistemas isolados com subsídios		✓	✓	✓
Sistemas isolados sem subsídios	✓		✓	✓
ONS	✓		✓	
Planejador Indicativo (CCPE)	✓			
Agentes Financeiros Setoriais	✓			

Fonte: Projeto RE-SEB. Relatório Final. Dezembro de 1997.

II . ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À FIXAÇÃO DE LIMITES À CONCENTRAÇÃO NA ATIVIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO

A ENRON acredita que nem a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e é aplicável em todos os setores da economia brasileira, nem a Lei 9.648/98, que deu os comandos básicos à reforma do setor elétrico, dão o suporte legal necessário à ANEEL para fixar limites às atividades de comercialização, exceto nos casos de concentração societária que podem levar à abuso de poder econômico.

A ENRON entende também que o estabelecimento de limites ao crescimento das atividades de comercialização, resultante de processo fundado em maior eficiência, é uma violação da Lei 9.074/95, que dá ao consumidor a liberdade irrestrita de selecionar o fornecedor de energia alternativo que melhor lhe aprouver. Estes argumentos serão expandidos como segue:

A Lei 8.884/94, em seu Artigo 20, tipifica as situações que constituem infração à ordem econômica:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Ao mesmo tempo, a referida Lei é clara ao estabelecer, no Parágrafo Primeiro do mesmo Artigo:

1º – A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus componentes não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

A ENRON entende também que a Lei 9.648, promulgada em 1998, não alterou (e tampouco poderia tê-lo feito) este princípio basilar, ditado

pela Lei 8.884/94, ao especificar, em seu Artigo 30, novas atribuições para a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, quando da revisão do Artigo 3º da Lei 9.427/96:

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

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

A ENRON entende, s.m.j., que o inciso VIII não dá à ANEEL a competência institucional e legal para fixar limites máximos à comercialização, se o crescimento da atividade for “*resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico*” tal como preceituado pela Lei 8.884/94. A competência dada pelo inciso VIII deve ser interpretada restritivamente às condições iniciais do sistema de comercialização (atuais geradores e comercializadores) bem como aos ganhos de mercado resultantes de concentração societária (fusões ou aquisições).

A análise detalhada da Lei 9.074/95, particularmente em seus Artigos 15 e 16, mostra de forma inequívoca, o espírito do legislador em assegurar liberdade incondicional aos consumidores categorizados como livres em adquirir energia de qualquer titular de concessão, permissão ou autorização, inclusive das geradoras de energia com status de concessionárias de serviço público. A Lei 9.704 é o dispositivo legal mais importante que instaurou a “liberdade” do consumidor e pavimentou a emergência de um mercado competitivo. Seu espírito é inquestionável.

A Lei 9.074/95 não faz qualquer restrição, em seu espírito ou em seu conteúdo, à liberdade de escolha de um consumidor livre em optar pelo fornecedor que melhor lhe aprouver, desde que o mesmo seja titular de concessão, permissão ou autorização. Desta forma, qualquer imposição de limites às atividades de um comercializador, s.m.j., é uma violação frontal ao princípio da liberdade de escolha. Não faz sentido coibir o exercício de

liberdade de um consumidor em adquirir energia e serviços de um determinado comercializador por ter este atingido limites arbitrários de mercado fixados pelo poder concedente ou por qualquer outra agência reguladora. Além do fato de que a liberdade do consumidor foi tolhida, a imposição do limite implica que o consumidor terá que aceitar uma proposta menos atrativa de um fornecedor cujo “mix” preço-serviço não lhe seja o mais conveniente. Portanto, a imposição dos limites acaba, a despeito de seus supostos méritos, por inibir a eficiência e estimular os agentes menos capacitados do mercado. Este não é o espírito da Lei 8.884/94, a qual claramente excetua como infração da ordem econômica o domínio de mercado de bens e serviços resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico.

Em termos práticos, e considerando-se o estágio atual de evolução das atividades de comercialização no mercado livre, os limites ora impostos pela ANEEL não têm qualquer efeito imediato no sentido de reduzir o interesse e o crescimento dos novos agentes comercializadores. Hoje em dia existem apenas cerca de uma dúzia de comercializadores autorizados pela ANEEL, com mínimos volumes comercializados. Há ainda um grande espaço de crescimento de qualquer um destes agentes comercializadores antes de atingir os limites de concentração propostos pela ANEEL.

Cabe, entretanto, ressaltar a posição rigorosamente contrária da ENRON ao conceito de fixar limites à uma atividade eminentemente “contestável” como a comercialização, pelas razões aqui expostas.

A intervenção regulatória ou anti-truste nos mercados contestáveis são dispensáveis e podem gerar incentivos perversos à eficiência:

... *“Quando os mercados são contestáveis, a premissa é que a intervenção não é desejável. Onde os mercados não são contestáveis, a intervenção deve ser guiada pela performance que a contestabilidade perfeita produziria.”*²

² BAUMOL, William, PANZAR John e WILLIG Robert. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Revised Edition. Hartcourt Brace Jovanovich, Publishers (1988)

III - A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL RELATIVA À FIXAÇÃO DE LIMITES À COMERCIALIZAÇÃO

A preocupação com um nível adequado de concorrência e com procedimentos para detectar e coibir abusos de poder econômico está presente na mente dos reguladores, em quase todos os países em que se procurou instaurar um regime competitivo nas atividades de geração e comercialização no setor elétrico.

Abusos de poder econômico podem existir, em muitos casos de fato existem, e devem ser monitorados e punidos. O caso inglês é emblemático no sentido de que o setor de geração, basicamente dominado por um duopólio (por desenho do modelo), deu aos geradores incumbentes condições de exercício de poder econômico, com impacto marcante nos preços do mercado spot. A situação tornou-se tão grave e de difícil controle que exigiu de parte dos reguladores ações severas de redução de participação de mercado, pela venda/desativação compulsória de ativos de geração.

Os desafios dos reguladores em geral tem sido o de prevenir, identificar e coibir abusos, sem excessivo intervencionismo e sem criar condições que limitem a atuação dos agentes mais eficientes.

O uso de indicadores de concentração horizontal, tal como propugnado pela Resolução 94/98 e pela Minuta de Resolução da AP 01/2000 é uma prática usual. Nos Estados Unidos é muito comum a utilização do Hirschmann-Herfindahl Index (HHI) para medir o grau de concentração do mercado¹. Como regra geral consideram-se mercados concentrados aqueles que apresentam um HHI superior a 1800.

Quanto a concentração dos agentes em uma determinada indústria excede a este nível, os reguladores dedicam uma atenção especial para monitorar, prevenir e mesmo punir abusos de poder econômico. O setor de geração de energia em particular é altamente concentrado: estudos sobre a indústria de geração desenvolvidos em 1984 nos Estados Unidos identificaram que, em uma amostra representativa de 170 sub-mercados elétricos, existiam indícios de concentração (avaliada através do índice HHI,

¹ O HHI representa a somatória dos quadrados de participação de mercado multiplicada por 10.000).

conforme definido pelo Departamento de Justiça e pela Federal Trade Commission) em até 60% deles¹. Estudos mais recentes desenvolvidos para 112 regiões elétricas definidas pela North American Electric Reliability Council (NERC) foram ainda mais contundentes, indicando índices HHI superiores a 2500 em 90% dos mercados analisados². Estes altos índices de concentração não necessariamente implicavam em abuso de poder econômico, como comprovado por análises empíricas dos preços praticados nestes mercados de maior concentração³. Os índices servem para sinalizar situações potencialmente perigosas que precisam ser investigadas caso a caso.

No que tange à atividade de comercialização em si, a Federal Energy Regulatory Commission (FERC) não estabelece limites máximos de participação horizontal (market share). Entretanto, FERC e outras agências governamentais monitoram o grau de concentração através do parâmetro HHI e iniciam uma investigação quando há suspeita de abuso de poder econômico. O HHI funciona como um indicador, não como uma “tradução” de poder de mercado ou como um limite ao crescimento dos agentes.

Como regra geral, os limites de integração horizontal são analisados com mais cuidado no contexto de fusões e aquisições, para se avaliar se a nova empresa resultante de um processo de fusão adquiriu mais poder de mercado.

No que tange ao caso particular de comercialização, a FERC não estabelece quaisquer limites, mas solicita às empresas que apresentem a cada três anos, sua posição de mercado (“market power status”), em contexto com sua capacitação para adquirir ou vender energia a preços de mercado, no intuito de verificar a isonomia entre os diversos participantes.

Há situações particulares em que a FERC, atuando sob suspeita de abuso de poder de mercado, considerou a fixação de limites (“caps”) nos preços de mercado. Esta foi a situação ocorrida no verão de 1998, na região do meio-oeste Norte-Americano quando o preço “spot” atingiu picos de US\$ 7.500/MWh, o que desencadeou um processo de investigação. FERC, após

¹ SCHMALENSEE, Richard e GENNET W. Golub. *Estimating Effective Concentration in Deregulated Wholesale Electricity Markets*. RAND Journal of Economics, Vol 15, Number 1 (1984)

² CARDELL, Judith, CARRIE Hitt e HOGAN William. *Market Power and Strategic Interaction in Electricity Networks*. Resource and Energy Economics, Vol 19, Number 1. (1997)

³ *Horizontal Market Power in Restructured Electricity Markets* – US Department of Energy – Office of Economic, Electricity and Natural Gas Analysis – March 2000.

analisar a matéria, acabou por não impor quaisquer limites de preço. Desde então, tem ocorrido uma série de investigações e sugestões de impor “caps” de preços, idéia que entretanto, nunca chegou a se materializar por falta de evidências empíricas de abuso de poder.

Problemas recentes ocorridos em New York e New England têm atraído a atenção dos reguladores. Em New York, um agente solicitou a eliminação dos preços com base no mercado. A posição da ENRON, e de outros agentes, tem sido a de que eventuais falhas nas regras de mercado devem ser corrigidas e que nenhum agente deva estar em posição de exercer poder de mercado: se este for o caso este agente deve ser coibido de comercializar energia a preços de mercado.

A ENRON acredita que as experiências de outros países com mercados de energia elétrica mais maduros são ilustrativas e podem ser aproveitadas pela ANEEL e pelo CADE quando da especificação de restrições e para coibir comportamentos anti-competitivos.

Os fatos e experiências resumidas nesta seção indicam que o setor elétrico, em particular a geração e correspondente comercialização de energia é estruturalmente “concentrado”, mesmo em países com grande diversidade de agentes, tal como nos Estados Unidos.

Entretanto, esta concentração horizontal, seja ela medida por HHI, por “market share” ou índice equivalente, não significa automaticamente abuso de poder econômico ou violação de leis antitruste. Tampouco, em qualquer dos países analisados, os reguladores impuseram limites máximos de participação de forma mecanicista, visando evitar abusos de poder. A concentração exige sim um monitoramento constante da indústria, onde suspeitas de comportamento anti-competitivo e de violação de leis anti-truste são avaliadas caso a caso, com a aplicação de penalidades cabíveis.

Reguladores não assumem tacitamente que participação de mercado de comercialização seja uma tradução automática e imediatista de abuso de poder econômico; tampouco admitem que a fixação de limites é condição suficiente para evitar abusos econômicos. Não há, nos países analisados, imposições de participação nas atividades de geração e por menos razão, à comercialização de energia elétrica, exceto sob condições muito especiais.

IV . OUTROS ASPECTOS QUE DEVERIAM SER ABORDADOS PELA MINUTA DE RESOLUÇÃO CONSTANTE NA AP 01/2000

Esta seção sugere aspectos que a ENRON entende que deveriam ser melhor avaliados pela ANEEL em seu esforço de introduzir isonomia e concorrência no setor elétrico.

O estabelecimento de limites e condições para participação dos agentes é uma tarefa importante; entretanto, a ENRON entende que há aspectos que ainda não estão sendo considerados e que merecem uma consideração especial por parte desta ANEEL.

O primeiro aspecto diz respeito ao processo de desverticalização, ou seja, a “desagregação vertical” das empresas em suas atividades básicas - geração, transmissão, distribuição e comercialização. A ENRON entende que, nesta fase de transição do setor elétrico, medidas adicionais visando a desverticalização são importantes e urgentes.

Em particular, é de se ressaltar a necessidade de que as empresas comercializadoras sejam contábil e estatutariamente segregadas das atividades de distribuição. Para as novas empresas comercializadoras, recentemente autorizadas pela ANEEL, esta questão já está automaticamente equacionada. Entretanto, este problema passará a existir e se tornar bastante preocupante para as tradicionais empresas de distribuição e comercialização de energia, na medida em que as atuais distribuidoras de energia começam a desenvolver atividades no mercado livre, algo que de alguma forma já vem acontecendo (consumidor tornando-se livre mas negociando contratos bilaterais de compra e venda com a concessionária hospedeira).

A empresa de distribuição/comercialização que quiser atuar no mercado livre deverá compulsoriamente implementar uma segregação contábil e societária. Sem estas restrições, haverá uma tendência generalizada de subsídios cruzados entre o mercado livre e o mercado cativo destas empresas, coibindo a emergência de novos comercializadores e aumentando o custo da energia para os consumidores cativos. A ENRON, com base em sua experiência internacional, entende que apenas a separação contábil não é suficiente para coibir os inevitáveis subsídios cruzados e os comportamentos anti-competitivos. A ENRON considera oportuna a inclusão desta obrigatoriedade de separação societária e contábil, tal como

proposto pelo Projeto de Lei 2.905/2000, que ora está tramitando no Congresso.

Em segundo lugar, a ENRON sugere que a ANEEL reexamine os limites de participação cruzada (cross-ownership) propostos pelo Projeto RE-SEB, procurando aplicá-los, quando possível, aos processos de aquisição, concentração societária, segregação e privatização dos ativos. A Resolução 94/98 foi omissa a este respeito. Apesar de haver um limite máximo de participação conjunta entre geração e distribuição, estes limites não são, tecnicamente falando, equivalentes às restrições de participação cruzadas preconizadas pelo RE-SEB.

A ENRON sugere ainda que a ANEEL dê uma atenção especial às participações cruzadas envolvendo a atividade de transmissão. Apesar da grande parte da malha de transmissão fazer parte da Rede Básica e estar sujeita a uma regulamentação econômica e operacional rigorosa, há sempre risco sobre a ação do proprietário conjunto de geração e de transmissão. As sugestões de participação cruzada (“cross-ownership”) propostas pelo RE-SEB estão ilustradas na tabela que segue:

Atividade Principal	Participação Cruzada em	Teto
Geração	Transmissão	[20%] partes beneficiárias (participação acionária) [20%] partes beneficiárias
	Distribuição/Comercialização	Ilimitada
	Comercialização Mercado Livre	
Transmissão	Geração	Sem participação cruzada
	Distribuição	Ilimitada
	Distribuição /Comercialização	Sem participação cruzada
	Comercialização Mercado Livre	Sem participação cruzada
Distribuição/ Comercialização	Geração	[25%] das vendas anuais de energia da área de comercialização no ano anterior
	Transmissão	Ilimitada
	Comercialização Mercado Livre	Ilimitada
Comercialização no mercado livre	Geração	Ilimitada
	Transmissão	Sem participação cruzada
	Distribuição /Comercialização	Ilimitada

Fonte: Projeto RE-SEB. Relatório Final. Dezembro de 1997.

Em terceiro lugar, a ENRON sugere à ANEEL que atue no sentido de que o setor elétrico desenvolva uma capacitação própria de monitoramento de comportamentos anti-competitivos, para identificar na origem, coibir abusos e eventualmente instruir processos a serem encaminhados ao CADE para as providências de caráter administrativos e penais cabíveis. Convênios entre CADE e ANEEL seriam pois, importantes.

A fixação de limites à concentração horizontal, seja através de percentuais máximos de participação ou seja através de índices como o HHI utilizado nos EUA, é apenas o início de um processo de monitoramento da concorrência. Entretanto, não é condição necessária tampouco suficiente para coibir abusos. É desejável que a ANEEL estabeleça comandos claros

ao MAE e ao ONS no sentido que desenvolvam processos, técnicas e profissionais para acompanhar o comportamento do mercado (market surveillance) e dos seus agentes, identificando e reportando distorções. Este é um trabalho a “quatro mãos”, entre MAE e ONS, os quais deverão instrumentalizar a ANEEL.

Uma recente publicação do Banco Mundial identifica uma série indícios de comportamento anti-competitivo¹. À guisa de exemplo, reproduz-se aqui alguns destes, apenas no sentido de ilustrar a sutileza destes comportamentos, bem como a necessidade de que o setor desenvolva uma forte capacitação competitiva para identificar as nuances técnicas envolvidas nas ações anti-competitivas promovidas pelos agentes do setor elétrico.

Possíveis Sinais de Poder de Mercado

- *Distanciamento significativo e duradouro dos preços spot quando comparados aos preços de curto e de longo prazo;*
- *Capacidade de geração sendo “escondida”;*
- *Declarações de indisponibilidade de planta não esperadas;*
- *Grande variação nas ofertas de preço para geradores com tecnologia similar;*
- *Programação de manutenção de linhas de transmissão em períodos de elevado preço de mercado;*
- *Preços elevados para unidades geradoras que deverão operar como “must run” devido a questões de confiabilidade do sistema;*
- *Congestionamento intempestivo e não previsível das linhas de transmissão;*
- *Oposição de um ou um grupo de geradores para projetos que aliviem restrições de transmissão.*

¹BARKER James, TENENBAUM Bernard e WOOLF Fiona. *Governance and Regulation of Power Pools and Systems Operators – An International Comparison*. (1997). Forthcoming Occasional Paper. World Bank Industry and Energy Department.

Para finalizar, a ENRON gostaria mais uma vez de parabenizar à ANEEL pelo interesse de criar condições competitivas para o novo mercado de energia elétrica que se está implementando.

Atenciosamente.

Lindolfo Ernesto Paixão
Vice-presidente de Assuntos Regulatórios