

Aprofundando o diálogo sobre as novas perspectivas da ANEEL e do SUPERCADÉ na análise de operações societárias no Setor Elétrico

Gabriel Moreira Pinto¹ e Acácio Nascimento²

O debate sobre a interface entre regulação e defesa da concorrência no setor elétrico foi reacendido pela recente publicação da Lei nº 12.529 e da Resolução Normativa (REN) nº 484/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Para uma percepção abrangente dos pontos de contato entre elas e dos desafios daí decorrentes, é importante dar prosseguimento à análise oferecida pelo artigo “*A ANEEL, o (SUPER)CADE e as operações societárias no setor elétrico*”.

Sob a perspectiva concorrencial, tanto a ANEEL quanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) possuem competência legal para realizar o controle das estruturas econômicas para viabilizar, no que couber, a efetiva concorrência no setor elétrico. Esse aparente conflito foi harmonizado no plano infralegal por meio de um termo de cooperação técnica, no qual se convencionou que as autoridades de defesa da concorrência conduziram a sua análise com o suporte do regulador. Esse arranjo foi reproduzido na REN 378/2009 da ANEEL, que trata dos atos de concentração no setor elétrico, entre outros assuntos da ordem econômica.

Nesse arranjo, o CADE conduz o controle das estruturas econômicas, avaliando os possíveis prejuízos à concorrência *vis-à-vis* possíveis ganhos de produtividade, qualidade, eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, bem como a perspectiva de compartilhamento desses ganhos com os consumidores. Quando necessário, a ANEEL pode subsidiar a análise com estudos sobre o modelo e a dinâmica do setor elétrico.

Paralelamente, a ANEEL conduz a análise regulatória da transferência de controle societário de geradoras, transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, para garantir a continuidade da adequada prestação dos serviços.

Com esse fim, a Agência analisa se o pretense controlador atende às exigências legais para assumir a gestão de uma sociedade que faz as vezes do Estado na exploração de serviços e instalações de energia elétrica e do aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, b da CF). Analisa-se, portanto, (i) a regularidade fiscal, (ii) a regularidade jurídica, (iii) a idoneidade financeira para garantir as obrigações da pretensa controlada (operação, manutenção e expansão do negócio, incluindo investimentos necessários) e (iv) o compromisso de manutenção e/ou melhoria da capacidade técnica da pretensa controlada para prestação do serviço adequado.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – Largo São Francisco. Autor de “*A Dosimetria das Multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica*” - V Prêmio SEAE. Membro do Grupo de Estudos em Direito de Recursos Naturais (GERN) da Universidade de Brasília (UnB). Atua como Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia na Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira (SFF) da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

² Advogado e Contador. Pós-graduando em Direito em Regulação pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (idp). Atua como Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia na Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira (SFF) da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Essas exigências são cobradas da sociedade como condição para se tornar autorizada, permissionária ou concessionária de energia elétrica e sua relevância justifica o interesse do poder público de assegurá-las permanentemente. Desse modo, almeja-se que a idoneidade requerida no momento originário, por exemplo, na licitação de concessionários, se perpetue sob a direção e influência do novo controlador, de quem é exigida igual idoneidade na transferência (momento derivado).

Em suma, ainda que as análises regulatória e concorrencial persigam o fim constitucional atribuído à ordem econômica (art. 170), os fundamentos jurídicos e os objetivos imediatos das duas análises são bem distintos. Nesse quadro, a duplicidade de análise e o risco de decisões opostas são inerentes às diferentes finalidades das autarquias.

Em outras palavras, é natural imaginar uma operação que poderia ser aprovada pela ANEEL, uma vez que o pretense controlador atende as exigências regulatórias voltadas à continuidade e qualidade, mas que acabe vedada pelo CADE devido a prováveis impactos negativos na concorrência. E vice-versa.

A segunda diferença entre as análises reside no seu objeto. Pela ANEEL, são analisadas apenas as operações que resultem em transferência ou ampliação de controle societário, compreendido como o efetivo e permanente exercício da determinação dos rumos do negócio. Ou seja, operações que levam à alteração do sujeito que responde “indiretamente” perante o Estado pela continuidade e qualidade das instalações e serviços de eletricidade. Pelo CADE, são analisados atos de concentração, que, na nova lei concorrencial, são conceituados como: (i) fusões, (ii) aquisição de controle ou participação empresarial, (iii) incorporação e (iv) contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, com exceção daqueles destinados a participação em licitações da administração pública.

Por fim, os critérios de submissão de operações ao controle prévio de cada autarquia também são diferentes. À ANEEL, nos termos do art. 5º da REN 484, devem ser submetidas as transferências de controle societário direto ou indireto: (i) de distribuidora, (ii) de transmissora, (iii) de geradora de fonte hídrica ou nuclear, e (iv) após regulamentação, de geradora a partir de qualquer fonte com participação relevante no Ambiente de Contratação Regulado (ACR). Ao CADE, devem ser submetidas operações envolvendo pelo menos dois grupos de porte, isto é, um grupo com faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país a partir de R\$ 750 milhões e outro a partir de R\$ 75 milhões.

Desse modo, há operações societárias que serão submetidas previamente: (i) somente à ANEEL, no caso das citadas operações previstas no art. 5º da REN 484 e que não caracterizem ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos de porte; (ii) somente ao CADE, se do ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos econômicos de porte não resultar transferência ou ampliação de controle societário de geradora, transmissora ou distribuidora de energia elétrica ou se a sociedade-objeto da operação estiver dispensada do controle prévio pelo art. 6º da REN 484; e (iii) a ambas as autarquias, quando o ato de concentração envolvendo ao menos dois grupos de porte se enquadrar em uma das hipóteses do art. 5º da REN 484.

Vale destacar que esses critérios de submissão à análise prévia foram alterados recentemente, como produto de significativos aprendizados das autoridades da defesa da concorrência e da ANEEL na última década. As novas regras concorrencial e regulatória desburocratizaram a análise, dispensando do controle prévio operações de baixo risco ao interesse público.

No caso da ANEEL, a transferência de controle intermediário intragrupo (conforme conceituado pela REN 484) de qualquer agente do setor elétrico bem como a transferência de controle direto e indireto de certas sociedades de geração não dependem mais do rito de anuência prévia. Tais operações serão fiscalizadas a *posteriori* pela Agência. No caso do CADE, não dependem mais de aprovação as operações envolvendo um grupo econômico com alto faturamento e outro(s) de pequeno porte bem como contratos não enquadrados na nova definição de ato de concentração.

Assim, considerando a independência das análises concorrencial e regulatória, essa evolução já está trazendo benefícios consideráveis a todas as partes envolvidas. A começar pelo fato de que as operações liberadas tanto pelo CADE quanto pela ANEEL podem ser implementadas imediatamente.

Mesmo nas operações dispensadas do controle prévio por apenas uma das autarquias, apesar de a implementação do negócio permanecer congelada até sua aprovação, o agente perceberá outros ganhos como a redução dos recursos (tempo e dinheiro) despendidos na submissão do pedido e a ausência do risco de veto ou de atraso na análise do outro órgão.

Além disso, haverá um significativo ganho de eficiência à Administração Pública. Deixa-se de gastar recursos com a análise prévia de operações de baixo risco ao interesse público, passando-se a empregá-los em outras atividades de maior impacto ao setor elétrico e à livre concorrência.

Já a questão dos diferentes prazos de análise merece mais atenção. Para o CADE, o prazo ordinário de análise é de 240 dias. E, apesar do veto presidencial ao artigo 64 da nova lei concorrencial, o Tribunal do Conselho ratificou o parecer da Procuradoria no sentido da incidência de aprovação automática em caso de ausência de decisão no prazo. Esse prazo se harmoniza com o desenhado pela ANEEL, de 60 dias para análise e de 240 dias para a implementação (120+120, conforme o art. 27 da REN 484).

Apenas em casos excepcionais, (i) submetidos tanto à ANEEL quanto ao CADE e (ii) que demandem a prorrogação do prazo ordinário do CADE em até 90 dias, é que poderá haver algum descasamento de prazos entre as duas análises. A questão merece discussão entre as autarquias, buscando-se uma otimização.

Entre outros avanços, a redução da exigência de submissão à análise estatal de operações de baixo risco, comum à nova lei concorrencial e à Resolução 484 da ANEEL, seguramente refletirá em ganhos de eficiência ao mercado e à Administração Pública. E, em complemento ao processo legislativo e à audiência pública conduzida pela ANEEL, o debate com a sociedade no momento de implantação dessas normas contribui com a evolução do ambiente de negócios no Brasil.

Este artigo reflete a opinião pessoal dos seus autores e não representa o posicionamento da ANEEL.