MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
Secretaria de Direito Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 06/COGEN/SEAE/MF
Ofício SDE/GAB nº 1.489/2008

Brasília, 10 de março de 2008.

Assunto: Audiência Pública nº 01/2008, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que trata do aperfeiçoamento dos procedimentos para análise dos limites, condições e restrições para participação de agentes econômicos nas atividades do setor de energia.

1. INTRODUÇÃO

1. Em 19 de outubro de 2007, em reunião na Secretaria de Direito Econômico ("SDE") do Ministério da Justiça, representantes da ANEEL informaram à Secretaria de Acompanhamento Econômico ("Seae") e à SDE, órgãos que junto com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o desejo de colocar em Audiência Pública, com base no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, proposta para alterar os limites usados pela Agência para impedir a concentração econômica e propiciar a concorrência efetiva no setor elétrico.

2. Segundo foi informado na reunião, a Agência, em vez de utilizar limites previamente definidos, como estabelecia a Resolução ANEEL nº 278, de 19 de julho de 2000, utilizaria critérios flexíveis, considerando as condições do mercado relevante em que atuavam as empresas envolvidas em operações societárias ou negócios entre si.

3. Posteriormente, em 10 de janeiro de 2008, as Secretarias tomaram conhecimento do teor da proposta da ANEEL. Em tal data, a Agência publicou no Diário Oficial da União e disponibilizou em seu site o Aviso de Realização da Audiência Pública nº 01/2008, instaurada com o objetivo de "*obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento de ato regulamentar a ser expedido pela ANEEL, que visa o aperfeiçoamento dos*

procedimentos para análise dos limites, condições e restrições para participação de agentes econômicos nas atividades do setor de energia".

4. De forma a subsidiar e suscitar as contribuições dos diversos agentes do setor, junto com o Aviso de Audiência Pública, a ANEEL disponibilizou minuta de resolução, contendo os novos procedimentos para análise dos limites, condições e restrições para participação de agentes econômicos nas atividades do setor de energia elétrica ("Minuta de Resolução"). Foi disponibilizada também a Nota Técnica nº 341/2007, que abordou aspectos técnicos da metodologia a ser implementada.

5. Pela proposta da ANEEL, os limites de participação de mercado que um determinado agente pode atingir no mercado de energia não serão definidos previamente. Sempre que houver concentração societária ou negócio entre agentes, a Agência avaliará se a operação deixa de propiciar a concorrência efetiva no setor fazendo uso de conceitos tradicionalmente utilizados na análise antitruste, tais como: a definição de mercado relevante, a possibilidade de exercício de poder de mercado, os ganhos de eficiência, dentre outros. Tais elementos, segundo a ANEEL, serão utilizados com o objetivo de promover a efetiva concorrência no setor e, ao mesmo tempo, contemplar aspectos relevantes de ordem regulatória.

6. Diante disto, estas Secretarias, por meio do presente documento, apresentam suas contribuições para o assunto em questão. O documento está dividido em duas partes: (i) a primeira refere-se a potencial conflito de competência entre o SBDC e a ANEEL que poderá decorrer da implementação da proposta da ANEEL; e (ii) a segunda está relacionada aos aspectos técnicos propriamente ditos da proposta da Agência.

2. DOS ASPECTOS JURÍDICOS: POTENCIAL CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

7. Com base na Minuta de Resolução e da Nota Técnica nº 341/2007, entende-se que a ANEEL visa a condicionar a anuência prévia[1] para atos e negócios jurídicos celebrados por agentes do setor elétrico às conclusões obtidas a partir de uma análise antitruste feita pela própria ANEEL. Tal relação entre a análise do ato de concentração com a expedição da anuência prévia torna-se clara nos seguintes trechos da Nota Técnica:

[1] A anuência prévia implica em juízo anterior à concretização de um ato. No caso do setor elétrico e de acordo com a Lei nº 9.427/96, a anuência prévia se faz necessária para alterações em atos constitutivos que, segundo os critérios da ANEEL, prescindam de autorização, dentre as quais aquelas em que há movimentação na composição societária que resulte alteração do controle. Conforme estabelece a Resolução Normativa nº 149, de 28 de fevereiro de 2005, no âmbito dos procedimentos para a obtenção da anuência, a ANEEL poderá condicionar junto aos órgãos competentes, o registro das modificações dos atos constitutivos dos agentes à prévia anuência desta Agência.

> "Faz-se mister lembrar que havendo transferência de controle acionário, a análise do Ato de Concentração será realizada simultaneamente à análise do pedido de anuência prévia objeto de obrigação legal prevista na Lei nº 8.897, de 13 de fevereiro de 1995, no próprio ato autorizativo ou respectivo Contrato de Concessão"[2].

8. Em outra ocasião, ao abordar os critérios de aplicação do procedimento sumário, a ANEEL volta a estabelecer relação entre a anuência prévia e a análise antitruste dos atos de concentração, conforme se pode oberservar a seguir:

> "Ressalta-se que havendo transferência de controle acionário, deverão ser cumpridas às obrigações relativas à comunicação prévia ou anuência prévia. Nesses casos, não será concedido tratamento sumário às operações".[3]

9. A princípio, se mantida a redação da proposta da ANEEL, é possível o surgimento de indagações acerca de eventual avocação de competências do SBDC no que se refere à análise antitruste por parte da ANEEL. Isso porque, como se sabe, a Lei n. 8.884/94 confere ao CADE a competência absoluta para aprovar ou reprovar atos de concentração com efeitos no território nacional, com base em critérios antitruste[4]. Ressalta-se que tal órgão, em seus julgamentos, é subsidiado por pareceres da Seae e da SDE, órgãos responsáveis pela instrução das operações de fusões e aquisições, segundo a Lei 8.884/94. O único setor em que a instrução dos atos de concentração é feito por agência reguladora é o setor de telecomunicações, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, o que não afasta a competência do CADE de aprovar ou reprovar a operação em caráter final no âmbito administrativo.

10. Para tornar mais clara a origem da preocupação destas Secretarias, basta considerar a possibilidade de interpretações de que o SBDC somente analisaria aquelas operações que a ANEEL considere improvável de gerar lesão à concorrência no setor de energia[5]. Isso porque de acordo com a Minuta de Resolução, a Agência estaria condicionando a anuência prévia à conclusão de que a operação não é nociva do ponto de vista concorrencial. Assim, haveria argumentações de que a Agência retiraria do CADE a

---

[2] Nota Técnica ANEEL Nº 341/2007, Fl. 22, item 98.

[3] Nota Técnica ANEEL Nº 341/2007, Fl. 23, item 105.

[4] Conforme o art. 54 da Lei nº 8.884/94, deverão ser submetidos ao escrutínio do SBDC todos os atos que tenham potencial lesivo à concorrência no Brasil. O § 3º do mesmo artigo estabelece uma presunção de lesividade para os atos de concentração econômica: devem ser apresentados ao SBDC todos os atos que impliquem em participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% do mercado relevante ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente ao menos a R$ 400 milhões (quatrocentos milhões de reais).

[5] Mesmo que as partes notifiquem o SBDC, nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94, simultaneamente ao ingresso do pedido de anuência prévia junto a ANEEL, caso a Agência se manifeste negativamente com base em critérios concorrenciais, a operação apresentada ao SBDC perderá o objeto.

possibilidade de cumprir uma das atribuições exclusivas que lhe foi conferida pela Lei n. 8.884/94, qual seja, "*apreciar os atos ou condutas sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso*".[6]

11. A interpretação de que a ANEEL estaria avocando para si competência que seria do SBDC (e mais especificamente do CADE) também poderia surgir a partir do momento em que a Agência condicionasse a sua anuência prévia a compensações a serem proporcionadas pelos agentes envolvidos na operação. Ressalta-se que à luz da Lei n. 8.884/94, caberia ao CADE a adoção de remédios antitrustes para impedir efeitos indesejáveis de uma operação no ambiente competitivo de determinado mercado. Além disso, eventuais compensações solicitadas pelo órgão regulador podem diferir daquelas que seriam impostas pelo órgão de defesa da concorrência, uma vez que a ótica do regulador não é necessariamente a mesma do órgão antitruste.

12. Deve-se observar também que a Lei nº 9.427/96 estabelece no parágrafo único do art. 3º que a ANEEL, no estabelecimento dos limites à concentração econômica para se garantir concorrência efetiva entre os agentes deve se articular com a SDE. Esse dispositivo pode tornar ainda mais crível a possibilidade de questionamentos judiciais caso a Agência retire a oportunidade dos órgãos de defesa da concorrência (Seae, SDE e CADE) de se manifestarem nos atos de concentração que, pela Lei nº 8.884/94, deveriam ser submetidos ao escrutínio de tais órgãos.

13. A Minuta de Resolução tal qual proposta hoje pode gerar, dessa forma, conflitos judiciais e causar insegurança jurídica, aspectos que contribuiriam negativamente para o mercado de energia no Brasil. Por exemplo, é suficiente considerar a possível reação de agentes envolvidos em uma alteração de ato constitutivo, passível de ser apresentada ao SBDC pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94, que a ANEEL não tenha concedido anuência prévia, alegando supostos efeitos anticompetitivos da operação. Tais agentes poderiam argumentar no Poder Judiciário a falta de competência da ANEEL para tal análise antitruste, principalmente naqueles casos em que seria esperado supor que o CADE decidiria favoravelmente em relação à operação.

14. Além disso, independente de os agentes interessados ingressarem no Poder Judiciário, os órgãos do SBDC, sem que haja decisão judicial em contrário, não poderão deixar de analisar operações que os mesmos considerem ser de

[6] Conforme o inciso XII do art. 7º da Lei n. 8.884/94, que trata das competências do Plenário do CADE.

sua competência, sob pena de não cumprirem as atribuições que a Lei n. 8.884/94 lhes conferiu.

15. A situação exposta, se concretizada, criaria um ambiente de insegurança jurídica, na medida em que o administrado não teria regras claras para nortear suas decisões em relação à adoção de estratégias que possam gerar concentração econômica no setor elétrico. Isso prejudicaria o ambiente de negócios no setor elétrico, dificultando que a sociedade obtenha possíveis ganhos de eficiência decorrentes de eventuais fusões e aquisições no setor elétrico.

16. Deve ser ressaltado que estas Secretarias têm claro que a Lei nº 9.427/96, no inciso XIII[7] do art. 3º, estabelece que cabe à ANEEL:

> "efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato".

17. Contudo, esta Secretaria entende que a anuência prévia deve ser baseada em critérios regulatórios. Obviamente, isso não impede que a ANEEL utilize princípios de concorrência no estabelecimento de regras regulatórias a serem usadas como critérios da anuência prévia.

18. Assim, (i) como a proposta da ANEEL, submetida à audiência pública, sugere que os limites previamente estabelecidos para a concentração societária e para realização de negócios entre agentes do setor elétrico[8] deixem de existir em prol de limites flexíveis baseados em uma análise a partir da definição de mercado relevante, avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e dos efeitos positivos desta operação e (ii) diante da possibilidade de haver conflitos e insegurança jurídica, conforme mencionado, **esta Secretaria entende que seria apropriado que a Agência deixe claro que não condicionará a anuência prévia às conclusões da análise antitruste que pretende realizar. É mais apropriado que a anuência prévia se baseie apenas em aspectos de cunho regulatório**.

19. De modo semelhante, a sugestão destas Secretarias também não exclui a possibilidade de a ANEEL, em articulação com a SDE e de acordo com o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.427/96, se manifestar quanto aos

[7] Incluído pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

[8] O controle prévio por parte da ANEEL se dava com base nos limites previamente definidos pela Resolução ANEEL nº 278/2000 para a participação de mercado dos agentes em cada segmento de mercado do setor elétrico.

aspectos de concorrência nos atos de concentração do setor elétrico a serem analisados pelos os órgãos de defesa da concorrência. Todo o contrário, **a ANEEL pode, por meio da resolução que pretende editar, informar aos agentes do setor elétrico os elementos que a Agência se baseará para defender junto aos órgãos do SBDC que uma determinada operação societária não seja aprovada em virtude dos possíveis danos à concorrência**. **Nesse caso, a Agência não retiraria competência dos órgãos do SBDC, mas atuaria em cooperação com este.** Trata-se de uma atuação que estaria em consonância com o inciso IX do art. 3º da Lei nº 9.427/96 e teria o objetivo de enriquecer a análise dos órgãos do SBDC, auxiliando-os a cumprir a determinação legal atribuída pela Lei n. 8.884/94 da maneira mais efetiva possível.

20. Em suma, estas Secretarias sugerem que a Minuta de Resolução objeto da Audiência Pública nº 01/2008:

i) Contenha dispositivo explícito sobre os critérios regulatórios (que não se confundem com os critérios antitruste) que a ANEEL adotará para conceder a anuência prévia, o que mitigaria riscos de insegurança jurídica que poderiam surgir se a Agência passasse a fundamentar a concessão da licença prévia em uma análise antitruste, que poderia afetar as competências exclusivas atribuídas aos órgãos do SBDC pela Lei n. 8.884/94;

ii) Explicite que a ANEEL, fundamentada em critérios articulados com a SDE, poderá emitir manifestação sobre os aspectos antitruste das operações no setor elétrico, sendo que o CADE é o órgão competente para se manifestar em última instância em âmbito administrativo em relação à aprovação ou não de todo e qualquer ato de concentração passível de ser submetido ao SBDC nos termos da Lei n. 8.884/94.

21. Superada esta questão e considerando que a ANEEL deseja contribuir com sua expertise na análise dos atos de concentração no setor elétrico, a próxima seção (i) apresenta os princípios usualmente considerados por órgãos antitruste nas análises de fusões e aquisições; (ii) avalia a metodologia de análise proposta pela Minuta de Resolução e; (iii) avalia a proposta de procedimento sumário elaborada pela ANEEL.

3. DA METODOLOGIA DE ANÁLISE ANTITRUSTE COLOCADA EM AUDIÊNCIA PÚBLICA

22. Importante ressaltar de início que as contribuições destas Secretarias em relação a essa questão observam as ponderações realizadas na seção anterior. Ou seja, considerar-se-á como ponto de partida que a ANEEL não avocará para si competência dos órgãos do SBDC e que utilizará os critérios abaixo para a emissão de pareceres acerca de aspectos concorrenciais de uma determinada operação, em cooperação com a SDE, e não para a fixação de parâmetros para a anuência prévia.

3.1 Princípios utilizados na análise de fusões e aquisições por órgãos de defesa da concorrência

23. O controle de estruturas (prévio ou *a posteriori*) é adotado por ao menos oitenta e oito jurisdições. Via de regra, esse procedimento tem o objetivo de evitar a formação de estruturas que permitam o exercício de poder de mercado e / ou facilitam a colusão entre os agentes de mercados.

24. Em geral, nesse processo, é usual a adoção de *guias de análise* para fusões e aquisições, que estabelecem rotinas e procedimentos que servem de orientação tanto aos órgãos antitruste como às empresas. Dentre os benefícios oriundos da adoção de guias pode-se destacar: (i) simplificação das tarefas desempenhadas pela autoridade antitruste, evitando esforços desnecessários ou contraproducentes; (ii) maior previsibilidade e transparência em relação às decisões da autoridade antitruste, reduzindo a incerteza jurídica; e (iii) facilitação da relação da autoridade antitruste com outros órgãos governamentais, setor privado e o público em geral.

25. É importante ressaltar que a adoção de um guia para análise de atos de concentração está longe de ser um mecanismo que desconsidera as especificidades dos diversos setores da economia. Pelo contrário, trata-se de um instrumento que, ao dar as linhas gerais para a análise, permite que cada setor seja tratado de forma condizente com as suas características. Não se trata de instrumento rígido; sempre que necessário é possível aperfeiçoá-lo conforme as mudanças e a dinâmica da realidade econômica.

26. Em geral, os guias para atos de concentração têm como característica a organização dos procedimentos de análise em etapas sequenciais[9]. Quando uma etapa fornece informação suficiente para que a autoridade conclua pela aprovação ou reprovação de um ato, a análise é encerrada. Enfatiza-se que a organização dos guias em etapas seqüenciais têm por finalidade reduzir os custos da análise e ao mesmo tempo fornecer informações satisfatórias para que a autoridade possa concluir com alguma segurança sobre o potencial lesivo de uma dada operação.

27. Usualmente, as etapas percorridas pelos diversos guias utilizados pelas autoridades estrangeiras contemplam os seguintes aspectos:

a) Definição do mercado relevante;

b) Determinação da parcela de mercado;

c) Possibilidade de exercício de poder de mercado;

[9] A análise dos atos de concentração é aprofundada à medida que cada etapa percorrida indique a necessidade de se passar para a seguinte.

d) Eficiências econômicas decorrentes da operação;

e) Avaliação dos efeitos líquidos da operação.

28. Seguindo esta tendência mundial, os órgãos do SBDC optaram pela formulação e utilização de um guia para facilitar a análise dos atos de concentração: o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal ("Guia"), aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50, de 1° de agosto de 2001. O Guia adota as mesmas etapas de análise listados no item acima. Deve ser observado ainda que apesar dos procedimentos apresentados no guia de análise utilizados pela Seae e pela SDE não possuírem caráter vinculativo, eles têm sido sistematicamente utilizados pelas Secretarias.[10]

29. Como já mencionado, a idéia central do Guia não é percorrer todas as cinco etapas. Assim, após a definição do mercado relevante, avalia-se se a parcela de mercado que as requerentes terão após a operação é substancial a ponto de requerer o aprofundamento da análise[11]. Em caso positivo, examina-se a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das empresas. Se for identificado que a estrutura de mercado após a operação dá ou dará condições para tal exercício, passa-se à análise das eficiências. Constado que a operação gera eficiências, então há que ser avaliado se os eventuais benefícios da concentração compensam as eventuais perdas de bem-estar da sociedade.

30. Além de um guia de análise para os atos de concentração, é comum a adoção, por parte das autoridades antitruste de diferentes jurisdições, de ritos sumários para manifestação favorável ou aprovação de uma operação. O objetivo é não alocar recursos públicos em operações que têm baixíssima probabilidade de gerar lesão à concorrência. Para tanto, são estabelecidos critérios que indicariam quais atos de concentração deveriam ser analisados por ritos sumários.

31. No Brasil, o procedimento de rito sumário foi instituído pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 01, de 18 de fevereiro de 2003, conforme alterado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 08, de 02 de fevereiro de 2004, que estabelece os critérios que permitiriam um ato de concentração ser analisado dessa forma. Podem ser citados os seguintes exemplos:

[10] Nos casos em que as operações não apresentem impacto real sobre a concorrência pode ser utilizado o procedimento de rito sumário na análise. A criação do Guia buscou estabelecer um critério básico para a emissão de parecer favorável ou contrário à operação. Os atos que tenham efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico obterão parecer favorável; os que apresentarem efeito líquido negativo receberão parecer contrário à sua realização ou recomendação de que sejam aprovados com alguma restrição.

[11] Ressalta-se, de imediato, que a parcela de mercado capaz de despertar preocupações dos órgãos antitruste pode variar de setor para setor, dadas as características intrínsecas de cada um.

- Reestruturações societárias no mesmo grupo econômico sem alterações de controle das decisões mercadologicamente relevantes:;

- Aquisição do controle acionário de empresa localizada no território nacional, desde que a(s) empresa(s) adquirente(s) ou o(s) grupo(s) adquirente(s) não exerça(m) atividades no território brasileiro ou tais atividades sejam mínimas;

- Aquisição de controle acionário de empresa que não exerça quaisquer atividades no território nacional ou, caso exerça, quando tais atividades forem mínimas (aquisição de empresas fora do Brasil);

- Substituição de agente econômico: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados no qual atuava a adquirida ou seu grupo (substituição de agente econômico);

- Situações em que a operação gerar o controle de parcela de mercado indubitavelmente baixa, a critério das Secretarias, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrência;

- Substituição de agente econômico em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja baixa, ou seja, situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido e em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja indubitavelmente insignificante, a critério das Secretarias; e

- Operações em que um dos participantes tenha apresentado no último balanço faturamento inferior a R$ 400 milhões (quatrocentos milhões de reais).

32. Após estas considerações iniciais, é importante apresentar alguns aspectos das etapas percorridas pelo Guia.

<u>Definição de mercado relevante (Etapa I)</u>

33. Conforme pode ser verificado no Guia, a definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. O mercado relevante é determinado em termos dos produtos e/ou serviços que o compõem (**dimensão do produto**) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (**dimensão geográfica**). Primeiro define-se a dimensão produto e então a geográfica.

34. Para a delimitação do mercado relevante, usa-se o teste do monopolista hipotético, ou seja, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica, necessários para que um suposto

monopolista esteja em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório"[12] aumento de preços. De acordo com o explicitado no Guia:

> "o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado."

35. Essa etapa é importante para identificar os reais competidores das empresas envolvidas na operação em análise pelo órgão antitruste. Tal etapa é de crucial importância para as demais, na medida em que delimita o cálculo das parcelas de mercado das empresas envolvidas na operação, Etapa II do Guia.

Determinação da parcela de mercado (Etapa II)

36. A partir da definição do mercado relevante, é possível determinar a parcela de mercado que ficará em poder das empresas envolvidas na operação de fusão ou aquisição. Essa participação será calculada com base em todas as firmas que fazem parte do mercado relevante, definido na Etapa I[13]. Os dados podem ser referentes à capacidade produtiva, ao volume de vendas ou ao valor das vendas, de acordo com o que seja mais adequado para indicar as condições de competição no mercado relevante.

37. O cálculo da parcela de mercado permite identificar se a operação em análise dará ou não às empresas envolvidas o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta para exercer poder de mercado, o que estenderia à análise para a etapa seguinte. A Lei n. 8.884 presume a existência de poder de mercado quando a participação de mercado supera 20%, sendo que a própria lei prevê que "*este percentual (pode) ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia*." Pode-se afirmar que as características de cada mercado relevante é que apontarão se uma parcela de mercado X é ou não alta o suficiente para dar à empresa poder de mercado.

Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado (Etapa III)

[12] O que é transitório para um setor pode não ser para o outro. Por exemplo, como é possível que no setor elétrico o abuso de uma geradora de energia ocorra por um intervalo muito curto de tempo, este pode ser sim considerado um aumento não transitório. Já para outros setores, não. Essa afirmação mostra-se coerente com a definição de mercado relevante dada pelo Guia, apresentada em seguida no corpo do texto.

[13] Serão consideradas empresas participantes do mercado os produtores atuais, isto é, empresas que efetivamente produzem ou vendem no mercado relevante.

38. Nesta etapa são avaliados elementos que indicarão se o exercício de poder de mercado é provável. Grosso modo, o objetivo é avaliar se a empresa, a partir da sua parcela de mercado, conseguirá elevar preços sem atrair novos entrantes. Ou seja, é analisado se a estrutura de mercado impede uma determinada empresa, com parcela de mercado supostamente elevada, de majorar preços. Também busca-se identificar se a operação facilita a ação coordenada das empresas. Em resumo, alguns dos elementos avaliados são:

- A possibilidade real de importação do produto;
- A possibilidade de entrada de novos competidores no mercado relevante;
- O grau de barreiras à entrada[14];
- Possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado.

39. Obviamente, as características de cada mercado relevante apontarão se esse ou aquele elemento é mais ou menos importante. Também é claro que outros elementos poderão ser usados, tendo em vista as diferenças entres os vários setores da economia de um país. Mais importante que os elementos listados é a idéia subjacente à etapa. Qualquer elemento que possibilite ou impossibilite o exercício do poder de mercado pode e deve ser considerado nesta etapa de análise.

Exame das eficiências econômicas geradas pelo ato (Etapa IV)

40. Trata-se de etapa que avalia se a operação tem o potencial de gerar eficiências econômicas, entendidas como incrementos no bem-estar econômico que não seriam gerados se o ato de concentração não fosse concretizado. Ou seja, nesta etapa de análise busca-se identificar se as supostas eficiências são específicas da concentração. Caso se conclua que as eficiências seriam obtidas mesmo sem a concretização do ato, considerando as etapas anteriores, o ato não deveria ser aprovado, pelo menos não sem alguma restrição.

41. Podem ser entendidas como eficiências específicas à concentração econômica: economias de escala e de escopo, introdução de tecnologia

[14] São consideradas barreiras à entrada, dentre outros elementos: custos irrecuperáveis; barreiras legais ou regulatórias; recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados.

mais produtiva, apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e geração de poder de mercado compensatório[15].

42. É oportuno ressaltar que as possíveis eficiências decorrentes da operação analisada devem ser verificadas a partir de meios razoáveis, uma vez que, por se tratar de informações relativas a eventos futuros, a tarefa de identificá-las com certo grau de segurança não é trivial.

Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração (Etapa V)

43. Nesta etapa, avalia-se o efeito líquido da operação de concentração sobre a eficiência econômica. Ou seja, é realizado um balanço entre os custos e os benefícios derivados da concentração. Se for entendido que a operação tem efeito líquido positivo, a operação pode ser aprovada. Destaca-se ainda que a Lei nº 8.884/94 estabelece no inciso II do art. 54, que o consumidor tem que ser beneficiado com o efeito líquido positivo[16].

44. Em relação à situação em que o efeito líquido é negativo, tendo em vista (i) que o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos, e (ii) que o controle de concentrações tem o objetivo de impedir a consecução dos atos que gerem prejuízos à eficiência econômica e/ou ao bem-estar social, os órgãos antitruste podem adotar, em linhas gerais, dois tipos de medida:

a) Aprovação da operação com restrições, as quais devem ter por finalidade a mitigação dos efeitos líquidos negativos; e

b) Reprovação da operação por completo, quando a alternativa anterior não for possível.

[15] Poder de mercado compensatório ocorre quando o aumento da capacidade de exercício de poder de mercado da empresa concentrada contribuiu para reduzir a capacidade de exercício de poder de mercado no mercado de insumos. Dessa forma, a eficiência surge da influencia positiva que a concentração ocorrida em um mercado tem sobre os padrões concorrenciais em outro mercado. Tal eficiência não deve ser confundida com o "instituto da compensação", citado pela ANEEL, por meio do qual a aprovação de um ato de concentração no setor de geração ficaria condicionada ao compromisso de expansão da capacidade instalada da transmissão, eliminando assim, a variável que concedia vantagem lesiva à concorrência a uma determinada empresa.

[16] "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

... II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro".

3.2 **Avaliação da proposta de análise da ANEEL segundo os princípios observados pelos órgãos de defesa da concorrência**

45. Apresentadas os principais critérios observados pelas autoridades antitruste em relação às operações que geram concentração em determinado mercado, passa-se, sob essa ótica, ao exame da Minuta de Resolução objeto da Audiência Pública nº 001/2008. É oportuno enfatizar que a análise destas Secretarias e as sugestões decorrentes *consideram que o objetivo da ANEEL com a proposta é realizar uma análise que contribua com os órgãos do SBDC na instrução e julgamento de atos de concentração do setor elétrico*, passíveis, a partir do estabelecido pela Lei nº 8.884/94, de serem submetidos ao escrutínio de tais órgãos (isto é, os critérios aqui sugeridos devem ser usados no âmbito de um parecer não vinculativo ao CADE sobre os aspectos antitruste da operação e não no âmbito da anuência prévia regulatória).

46. Conforme pode ser notado, o art. 1º da Minuta de Resolução estabelece procedimentos para análise dos limites, condições e restrições para participação de agentes econômicos nas atividades do setor de energia elétrica.

47. Já os aspectos a serem utilizados na análise dos atos de concentração, consideradas as condições, limites e restrições para a participação de agentes econômicos no setor de energia, são estabelecidos pelo art. 2º. Segundo a proposta da ANEEL, os aspectos a serem considerados serão:

a) Definição de Mercado relevante: considerará sobretudo o limite de transmissão entre os submercados em que as partes envolvidas na operação possuírem atividades de geração, distribuição ou comercialização e a expectativa de evolução de tais restrições de transmissão ao longo de dez anos;

b) A influência das partes envolvidas no intercâmbio de energia elétrica entre submercados: levará em conta sobretudo o limite de transmissão entre os submercados em que as partes possuem atividades de geração, distribuição ou comercialização e a expectativa de evolução de tais restrições de transmissão ao longo de dez anos;

c) Os efeitos da transação decorrente do ato de concentração sobre os preços do mercado de curto prazo, em todos os submercados;

d) A possibilidade de influência nos preços de longo prazo, em todos os submercados, face ao exercício do poder de mercado;

e) A participação de cada uma das partes nas vendas de energia elétrica em todos os submercados;

f) A participação dos agentes envolvidos na capacidade de geração hidráulica e térmica, incluindo gás natural, carvão mineral, biomassa e outros tipos de combustíveis, em todos os submercados;

g) O nível de cobertura contratual das distribuidoras;

h) Os eventuais ganhos de eficiência decorrentes da operação;

i) A participação das partes em seus respectivos mercados de atuação.

48. A Agência destaca ainda no § 1º do Art. 2º da minuta de resolução que a análise será fundamentada, principalmente, em estudos da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, documentos do Operador Nacional do Sistema – ONS e em simulações efetuadas a partir dos modelos NEWAVE e o DECOMP.

49. A minuta de resolução trata ainda da possibilidade de análise sumária das operações, objeto do item 3.3 deste Parecer.

50. Diante do exposto, deve-se avaliar se a proposta contida na minuta de resolução está de acordo com a metodologia usualmente empregada pelos órgãos de defesa da concorrência, explicitada, em geral, na forma de guias, em que estão explicitados os princípios gerais de análise.

51. Inicialmente, é oportuno destacar que não está claro se todos os segmentos do setor elétrico serão submetidos ao procedimento de análise apresentado pela minuta de resolução em questão ou se algum contará com algum procedimento mais simplificado.

52. No item III.7.1 da Nota Técnica nº 341/2007, sobre a Proposta de Mecanismo de Análise de Concentração de Mercado, a ANEEL deixa claro que os segmentos de transmissão e distribuição, por serem monopólios que envolvem empresas dedicadas às respectivas atividades, serão tratados de forma especial pelas razões especificadas nas fls. 17 e 18 do referido documento, a saber:

a) O mercado relevante nessas atividades é definido institucionalmente e a firma dele participante será obviamente monopolista;

b) Na hipótese de dois agentes econômicos atuantes em duas áreas de monopólio promoverem uma fusão, por exemplo, se verificará que os mesmos atuam em mercados

relevantes distintos, o que, em princípio, descaracteriza o ato como "de concentração" para efeito do § 3º do art. 54;

c) Ainda que um ato de concentração nas atividades de transmissão e distribuição venha a ser analisado pelas autoridades antitruste, estas deverão necessariamente considerar as eficiências geradas pela situação de monopólio;

d) Nas atividades de transmissão e geração, a operação de um único agente econômico num mercado geográfico pode ser considerada a configuração mais eficiente, dados os seus custos médios declinantes;

e) A experiência internacional confirma as atividades de transmissão e distribuição como monopólios naturais regulamentados pelo poder público; e

f) No caso específico das distribuidoras, o nível de contratação das mesmas representa forte parâmetro para a análise concorrencial.

53. Assim, se a Agência entende que concentrações em alguns mercados do setor elétrico não têm potencial de dano à concorrência, seria desejável que a Minuta de Resolução explicitasse que a ANEEL não envidaria esforços substanciais para atuar junto aos órgãos do SBDC na análise de tais operações pelo SBDC.

54. Após a exposição das justificativas para a realização de análise especial (menos rigorosa) das operações nos segmentos de transmissão e distribuição, a Agência enumera na Nota Técnica nº 341/2007 os aspectos a serem considerados na análise das concentrações ocorridas no segmento de distribuição:

(a) Demonstração, por parte dos interessados, da redução dos custos associados à operação;

(b) O nível de contratação das requerentes à época da operação;

(c) Demonstrações de eficiências oriundos da operação em análise (redução de perdas técnicas, melhora nos índices de desempenho DEC e FEC, dentre outros);

(d) Elaboração de proposta de como as eficiências serão compartilhadas com os consumidores, com vistas à modicidade tarifária;

(e) Avaliação do limite de participação no mercado de distribuição nacional.

55. Em relação a esses critérios, deve ser mencionado primeiramente que alguns desses itens são exemplos de critérios regulatórios que a ANEEL observaria na concessão da anuência prévia. Em segundo lugar, seria importante que os mesmos estivessem dispostos na Minuta de Resolução.

Por fim, observa-se que a Nota Técnica nº 341/2007 menciona que "sempre que a operação em análise resultar em uma participação igual ou maior a um determinado percentual do mercado nacional de distribuição (por exemplo: 35%), a mesma deve ser também avaliada sob a perspectiva do poder de mercado". Contudo, a minuta de resolução não faz sequer menção de que a parcela de 35% será indicativo de uma análise mais aprofundada.

56. Destaca-se que parece claro que, na concessão da anuência prévia a uma eventual fusão entre distribuidoras, a ANEEL não poderá condicionar a concessão da anuência prévia ao imediato repasse de eventuais benefícios aos consumidores (e.g., redução de tarifa). Trata-se de uma questão que deverá ser observada nos processos de revisão tarifária.

57. Para o setor de transmissão, a ANEEL define na fl. 18 da Nota Técnica nº 341/2007 que:

> "**No caso específico das transmissoras, o foco da análise deve ser as operações que envolvam uma geradora verticalizada**. Neste caso, a análise deverá observar um possível acréscimo de custo, dado que, ao possuir instalações de geração em diversos submercados interligados por suas linhas, menor tende a ser o empenho do gerador (verticalizado) para eliminar a restrição"[17]. **(Grifo Nosso)**

58. Do exposto acima, percebe-se que as preocupações da ANEEL em relação às operações nos setores de distribuição e transmissão são preponderantemente de cunho regulatório. Contudo, **os critérios que a ANEEL utilizará para analisar as operações desses segmentos deveriam estar na minuta de resolução. Alguns deles, como já mencionado, podem ser exemplos de critérios regulatórios que a Agência pode utilizar para conceder a anuência prévia**.

59. Deve ser observado também que, mesmo no caso do segmento de geração, quando a Nota Técnica nº 341/2007 aborda a metodologia de análise a ser aplicada para concentrações no segmento de geração de energia, a Agência afirma novamente que utilizará um percentual de participação de mercado como base para avaliar a probabilidade do exercício do poder de mercado das empresas desse segmento, conforme se nota na fl. 20 da referida Nota Técnica:

> "Diante do exposto, para exame da probabilidade do exercício do poder de mercado, algumas considerações ainda se fazem pertinentes.
>
> Do mesmo modo que a análise será feita no segmento de distribuição, entende-se que a operação em análise, no segmento de geração, que resultar em uma participação de mercado, por exemplo de 35%, do mercado nacional de geração, deve receber atenção

[17] Nota Técnica ANEEL Nº 341/2007, Fl. 18, item 75.

especial quanto ao grau de concentração, avaliando-se os eventuais efeitos danosos do poder de mercado".

60. **Como a intenção da Agência é explicitar os critérios que utilizará na sua análise, esse limite deveria constar na minuta de resolução, ainda que a parcela de mercado de 35% fosse apenas uma referência. Isso inclusive poderia ser um dos critérios para se enquadrar a operação em rito sumário**.

61. Como várias das preocupações que a ANEEL apresentou na Nota Técnica nº 341/2007 relacionadas aos segmentos de distribuição e transmissão não estão explicitados na minuta de resolução, infere-se que o foco principal da metodologia de análise proposta pela ANEEL são as concentrações que envolvam os agentes que atuam na geração. **Se de fato a preocupação da Agência esteja focada em tal segmento, seria desejável, por uma questão de transparência e orientação aos agentes regulados, a explicitação que os demais segmentos seriam tratados de forma diferenciada e como isso se daria.**

62. Outro ponto importante que merece aprimoramentos se refere ao fato de a minuta de resolução não estabelecer que a análise ocorrerá em etapas sequenciais, como é feito usualmente pelas autoridades antitruste. Pelo menos, isso não está claro na minuta de resolução em questão. Na verdade, a Agência apresenta algumas etapas, dando a impressão de que todas serão percorridas. Contudo, isso pode se mostrar desnecessário, pois imputaria ônus dispensável à Agência e às empresas. Neste sentido, **esta Secretaria sugere que esteja explícito que a análise da ANEEL não percorrerá necessariamente todas etapas (ou seja, a passagem para a etapa seguinte dependerá das conclusões da etapa anterior), uma vez que tal procedimento é mais eficiente do ponto de vista de alocação de recursos públicos, assim como reduz custos de transação**.

63. Mesmo sem a proposta explicitar que a análise será em etapas, resta avaliar se a mesma contempla os principais aspectos observados pelas autoridades antitruste quando avaliam operações de concentração de mercado. Enfatiza-se novamente que as etapas percorridas pelos guias são princípios gerais que podem ser aplicados a qualquer setor da economia. Isso não impossibilita que, no caso de sua aplicação ao setor de energia, sejam consideradas as características específicas desse setor. Há bastante flexibilidade para isso.

64. Neste sentido, observa-se que a proposta da ANEEL, em seu art. 2º, estabelece aspectos a serem avaliados que poderiam ser perfeitamente encaixados nas etapas do guia de análise de concentração dos órgãos do

SBDC. Contudo, seriam necessários alguns ajustes para encaixá-los nestas etapas, além da definição clara das etapas a serem percorridas.

65. A primeira etapa de uma análise antitruste é a definição de mercado relevante. Nessa questão, pela minuta de resolução, o foco da ANEEL será apenas no mercado relevante geográfico. Contudo, antecede a essa definição, aquela relacionada ao produto. Por isso, **seria desejável que a Agência explicitasse a partir de quais elementos será feita a definição do mercado relevante de produto**. Embora os incisos VII e VIII do art. 2º possam ser classificados como candidatos a esses critérios, é necessária a inclusão de outros que esclareçam, por exemplo, se a ANEEL: (i) considerará hidroelétricas e termoelétricas como parte do mesmo mercado relevante, mesmo essas fontes tendo formas de contratação e custos diferentes; (ii) se termoelétricas movidas por combustíveis diferentes também farão parte do mesmo mercado relevante; e (iii) se essas segmentações somente fariam sentido para o ACL ou também para o ACR.

66. Ainda em relação ao mercado relevante, deve ser destacado que o item (b) do inciso II, que visa a considerar a expectativa de evolução das restrições de transmissão ao longo de dez anos, conforme apresentado no Plano Decenal de Expansão de Energia – PDE, possivelmente será mais importante na avaliação da probabilidade de exercício de poder de mercado do que na definição do mercado relevante.

67. A definição do mercado relevante de produto e geográfico de forma minimamente robusta é necessária para que a etapa de determinação da parcela de mercado das empresas envolvidas na operação não seja comprometida. A segunda etapa do Guia é um elemento importante na avaliação da possibilidade ou não de exercício de poder de mercado. Observa-se que esta Secretaria afirma que é um elemento importante e não um elemento que por si só afastará qualquer preocupação de efeitos negativos na dinâmica competitiva do setor ou que concluirá em definitivo que a operação não deve ser aprovada.

68. Em relação à etapa de determinação da parcela de mercado, deve ser mencionado que é possível que os itens V e VI do Art. 2º somente farão sentido se a definição de mercado relevante apontar que cada submercado é um mercado relevante geográfico distinto e o mercado relevante de produto for segmentado por fonte de geração.

69. Em relação à etapa que trata da possibilidade de exercício de poder de mercado[18], Etapa 3, nota-se que a minuta de resolução deixa de considerar

[18] A energia elétrica se apresenta como um produto peculiar, acumulando uma série de características que tornam a análise da possibilidade de exercício de poder de mercado não trivial. Vale citar que a eletricidade é um

aspectos importantes, como a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado. A ênfase está somente no exercício unilateral do poder de mercado. Assim, como se trata de um elemento importante na análise de qualquer operação de concentração, **esta Secretaria sugere que a ANEEL explicite que considerará os efeitos que a fusão ou aquisição gerará no mercado relevante, bem como os critérios que a Agência observará na avaliação dessa questão**.

70. Destaca-se que nesta etapa podem ser válidos os incisos III e IV do Art. 2º que tratam, respectivamente, da influência das partes envolvidas no intercâmbio de energia elétrica entre os submercados e dos efeitos da operação sobre os preços de curto prazo e de longo prazo. É importante observar que a possibilidade de as empresas afetarem os preços de longo prazo ou de curto prazo é apenas reflexo da estrutura do mercado, que lhes possibilitam tal estratégia. A minuta de resolução não apresenta elementos que a Agência buscará identificar para corroborar ou não tal possibilidade. Podem ser utilizados, nesta questão, elementos considerados pelo Guia. Além disso, conforme mencionado, o item (b) do inciso II do Art. 2º também pode ser um elemento importante nesta etapa.

71. No que se refere à etapa de avaliar as eficiências da operação, embora a ANEEL explicite que analisará se a operação tem o potencial de gerar efeitos positivos (inciso IX do Art. 2º), não discrimina o que entende como possíveis benefícios da fusão. Se o objetivo da Agência é dar transparência aos elementos que observará na análise que subsidiária os órgãos do SBDC, **é desejável explicitar o que se entende como eficiência**, como faz o Guia.

72. Mais importante do que omitir o que considera como ganho de eficiência é suprimir a etapa de averiguar o balanço entre os efeitos negativos e positivos da operação. Mesmo que determinada operação tenha efeitos positivos, é importante avaliar se esses são maiores ou menores do que os negativos, principalmente porque a Lei nº 8.884/94 estabelece que os consumidores terão que ser beneficiados dos efeitos líquidos positivos de uma fusão ou aquisição. Obviamente, se espera que os usuários sejam beneficiados no momento da revisão tarifária.

73. Além dessas questões de aderência ou não dos elementos que a ANEEL considerará nas análises de operações que causem concentração econômica, uma outra merece observação: explicitação dos *softwares* e das fontes de

---

produto não estocável e com baixa resposta pelo lado da demanda; é também um produto que pode ser diferenciado ao longo do tempo, o que significaria que a energia gerada em uma determinada hora do dia difere da energia gerada em outra. Sendo assim, as definições de mercado relevante na dimensão produto e geográfica variam ao longo do tempo, trazendo elementos não triviais na identificação da possibilidade de exercício de poder de mercado.

informação que serão utilizados na análise promovida pela ANEEL. Isso pode se mostrar um instrumento de rigidez desnecessário em se tratando de alterações futuras. Assim, **esta Secretaria sugere que seja feita apenas menção de que para viabilizar a análise que pretende realizar, a ANEEL fará uso de todas as informações disponíveis por órgãos oficiais e agentes privados.**

74. Em resumo, no que se refere ao tema tratado nesta parte do Parecer, estas Secretarias sugerem que:

(a) Seja explicitado que a análise dos aspectos concorrenciais da operação se dará no âmbito de parecer não vinculativo dirigido ao CADE e não no âmbito da anuência prévia;

(b) Seja explicitado se haverá tratamento simplificado ou especial para alguns dos segmentos do setor, tais como transmissão e distribuição, introduzindo na Minuta de Resolução aspectos mencionados na Nota Técnica nº 341/2007 (por exemplo, o critério de participação de mercado);

(c) A ANEEL explicite que a análise dos atos de concentração do setor elétrico será feita em etapas seqüenciais;

(d) As etapas sejam organizadas em:

Etapa I: Definição de mercado relevante nas dimensões produto e geográfica;

Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes;

Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado;

Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato;

Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração.

(e) Para cada etapa, deverão estar especificados quais aspectos serão observados pela ANEEL;

(f) Reorganização dos itens do art. 2º segundo as etapas de análise;

(g) Inclusão de elementos importantes na análise que foram omitidos, como os relacionados à (i) definição do mercado relevante de produto; (ii) ao exercício de poder coordenado; (iii) aos elementos a serem estudados no que se refere à possibilidade de as empresas elevarem preços no longo prazo e no curto prazo; (iv) aos fatores admitidos como eficiência; e (v) à avaliação dos efeitos líquidos da operação;

(h) Substituição do parágrafo que determina a utilização de *softwares*/modelos específicos na análise por um que mencione apenas que a ANEEL fará uso de todas as informações disponíveis por órgãos oficiais e agentes privados.

3.3 Do procedimento de rito sumário

75. A motivação para a adoção de um procedimento sumário tem origem no entendimento de que certas categorias de operações de concentração não têm probabilidade de gerar condições para o exercício de poder de mercado, não sendo, portanto, objeto de preocupação do ponto de vista concorrencial. No caso de análise antitruste, entende-se por procedimento sumário a ação discricionária do agente regulador quando, em virtude da simplicidade das operações, fique evidente a ausência de probabilidade de lesão à concorrência decorrente da operação. Observe-se que a utilização de um procedimento sumário não inviabiliza a utilização de tratamento discricionário, podendo, a qualquer tempo e situação utilizar ou retomar aos procedimentos regulares de análise.

76. Conforme já ressaltado, a Minuta de Resolução em análise estabelece que a ANEEL poderá adotar análise sumária de algumas operações. *In verbis*:

> "Art. 3º A ANEEL poderá adotar tratamento sumário aos atos de concentração encaminhados para análise em sua área de competência, caso se verifique que do negócio jurídico não resultará controle de uma parcela substancial de nenhum dos mercados relevantes.
>
> § 1º Havendo transferência acionária, os agentes envolvidos na operação deverão encaminhar, no ato da concretização da operação, para fins de atualização das respectivas composições acionárias, as informações contidas no Formulário RP 107, disponível no endereço eletrônico http://www.aneel.gov.br.
>
> § 2º O disposto no "caput" não se aplica às transferências de controle acionário que exigirem obrigações relativas à anuência prévia ou comunicação prévia".

77. Do trecho mencionado, percebe-se que o procedimento sumário estará sujeito à constatação por parte da Agência da inexistência de potencial controle de parcela substancial dos mercados relevantes após a operação. No entanto, a ANEEL não define quais valores ou critérios serão utilizados para a utilização do procedimento sumário, apesar de associar a utilização do procedimento à constatação de ausência de controle de parcela de mercado.

78. Na Nota Técnica nº 341, ao discorrer sobre o procedimento sumário, a Agência define que:

> "Visando uma maior celeridade aos Atos de Concentração encaminhados à ANEEL para análise, será dado tratamento sumário às operações, após análise caso a caso.
>
> Caso a análise do Ato de Concentração indique que o negócio jurídico não resultará no controle de uma parcela substancial de nenhum dos mercados relevantes, poderá ser dado tratamento sumário, sendo tal tratamento conferido após a análise caso a caso"[19].

79. A partir do exposto, fica evidente que alguma análise terá de ser efetuada para se determinar se uma determinada operação será ou não classificada como rito sumário. Tal análise implicará, inclusive, na superação da etapa de definição de mercado relevante com vistas a permitir que sejam mensuradas as parcelas de mercado controladas antes e depois da operação. Uma vez que será realizada uma análise caso a caso, fica descaracterizado, por definição, o instrumento do procedimento sumário. Inclusive, em alguns países, a definição de mercado relevante é até mesmo ignorada nos ritos sumários.

80. A opção pela utilização de um procedimento sumário deve se dar com severa prudência, pois a grande maioria dos agentes terá incentivos para estruturar suas operações de forma a enquadrá-las nos critérios estabelecidos para o procedimento sumário. Portanto, é fundamental que sejam estabelecidas hipóteses taxativas, de forma a evitar surgimento de dúvidas e possível equivoco de interpretação por parte dos agentes. Tal postura confere mais transparência nos procedimentos, mitigando o surgimento de comportamento oportunista e reduzindo a possibilidade de captura do regulador.

81. Diante do exposto, **estas Secretarias sugerem que a ANEEL explicite os critérios que poderão determinar a análise sumária**. É o caso, se for o entendimento da Agência, de explicitar uma parcela de mercado prévia para alguns segmentos do setor elétrico que classificaria as operações de concentração ocorridas nele no rito sumário. Considerando as questões levantadas na segunda seção deste parecer, na verdade estes critérios definiriam quais operações a Agência não se manifestaria junto aos órgãos do SBDC. Ou seja, os critérios definiriam as fusões e aquisições que mereceriam posicionamento da ANEEL para subsidiar os órgãos do SBDC na instrução e julgamento dos atos de concentração.

[19] Nota Técnica ANEEL N º 341/2007, Fl. 23, item 103.

4. CONCLUSÃO

82. Após análise da Nota Técnica ANEEL nº 341 e da Minuta de Resolução, algumas sugestões se mostram pertinentes em relação aos aspectos e metodologias considerados pela ANEEL na análise de atos de concentração no setor elétrico:

a) Que a resolução contenha dispositivo explícito de que a ANEEL, no processo de anuência previa, adotará apenas critérios de cunho regulatório (e não critérios antitruste), o que mitigaria riscos de insegurança jurídica que poderiam surgir se a Agência passasse a fundamentar a concessão da licença prévia em um procedimento que pode afetar as competências exclusivas atribuídas aos órgãos do SBDC pela Lei n. 8.884/94;

b) Que a ANEEL explicite quais serão esses critérios de cunho regulatório;

c) Que a resolução explicite que a ANEEL, fundamentada em critérios articulados com a SDE, poderá exarar parecer não vinculativo sobre os aspectos antitruste das operações no setor elétrico, sendo que o CADE é o órgão competente para se manifestar em última instância em âmbito administrativo em relação à aprovação ou não de todo e qualquer ato de concentração passível de ser submetido ao SBDC nos termos da Lei n. 8.884/94;

d) Que seja explicitado se haverá tratamento simplificado ou especial para alguns dos segmentos do setor, tais como transmissão e distribuição, introduzindo na Minuta de Resolução aspectos mencionados na Nota Técnica nº 341/2007 (por exemplo, o critério de participação de mercado);

e) Que a ANEEL explicite que a análise dos atos de concentração do setor elétrico será feita em etapas seqüenciais, organizadas da seguinte forma:

<u>Etapa I</u>: Definição de mercado relevante nas dimensões produto e geográfica;

<u>Etapa II</u>: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes;

<u>Etapa III</u>: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado;

<u>Etapa IV</u>: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato;

<u>Etapa V:</u> Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração.

f) Que sejam especificados os aspectos que serão observados pela ANEEL em cada etapa;

g) Que os itens do art. 2º da Minuta de Resolução sejam reorganizados segundo as etapas de análise;

h) Que seja substituído o parágrafo que determina a utilização de *softwares*/modelos específicos na análise por um que mencione apenas que a ANEEL fará uso de todas as informações disponíveis por órgãos oficiais e agentes privados;

i) Que a ANEEL explicite os critérios que poderão determinar a análise sumária (i.e., aqueles casos que, pela falta de potencial lesivo à concorrência, prescindem de uma análise pormenorizada da ANEEL).

Nelson Henrique Barbosa Filho

Secretário de Acompanhamento Econômico

Mariana Tavares de Araujo

Secretária de Direito Econômico