

CONTRIBUIÇÕES REFERENTE À TOMADA DE SUBSÍDIOS nº 006/2022

NOME DA INSTITUIÇÃO: EQUATORIAL ENERGIA S.A.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL

ATO REGULATÓRIO: Editais dos Leilões de Geração e Transmissão de Energia Elétrica

EMENTA: Obter subsídios para aprimorar as regras relativas à participação, à possibilidade e/ou à exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico – SPEs nos leilões setoriais.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

No último dia 20.04.22, foi instaurada a Tomada de Subsídios nº 006/2022 que tem por objetivo discutir o aprimoramento das regras relativas à participação, à possibilidade e/ou à exigência de constituição de Sociedades de Propósito Específico – SPEs nos leilões de geração e de transmissão de energia elétrica promovidos pela ANEEL.

Especificamente, a referida Tomada de Subsídios busca melhor compreender e responder às questões apresentadas nos §§ 57, 62, 66, 67 e 68 da Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL, para, posteriormente, formular proposta de aprimoramento dos editais dos leilões de geração e de transmissão, a serem oportunamente submetidos à Diretoria Colegiada da ANEEL.

Neste contexto, serve a presente para apresentar as considerações/contribuições do Grupo Equatorial Energia sobre o tema que se passa a detalhar.

QUESTIONAMENTO ANEEL:

57. Entende-se que o exame das considerações desta Nota Técnica, notadamente das disposições fundamentais relativas às SPEs nos editais dos leilões de geração e de transmissão (ver §§ 47 e 50) e as consequências usuais de tais disposições (ver item III.6) acima apresentadas, coloca e exige respostas para as seguintes questões fundamentais:

a) o que se deve entender por sociedade de propósito específico e qual definição deve ser utilizada nos editais dos leilões de geração e de transmissão?

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA:

Para o questionamento em questão, a Nota Técnica nº 18/2022-SEL/ANEEL indicou a possibilidade de se adotar (i) uma interpretação estrita por meio da qual concluir-se-ia que uma Sociedade de Propósito Específico - SPE poderia explorar um único empreendimento seja ele um empreendimento de geração ou transmissão e (ii) uma interpretação ampla que permitiria que uma SPE pudesse explorar uma única atividade econômica (geração, transmissão ou distribuição), ainda que com diversos empreendimentos.

Neste sentido, embora a referida Nota Técnica tenha sinalizado alguns benefícios e uma preferência pela interpretação estrita, entende-se que interpretação ampla – que parece ser a mais utilizada no setor elétrico, já que os Editais recentes permitem, por exemplo, que concessionárias de transmissão possam participar de Leilões de Transmissão e celebrar novos contratos de concessão – pode contribuir para uma maior competitividade sem, por sua vez, afetar a segurança do setor elétrico.

Isso porque, com base no histórico recente, entende-se não ter havido casos concretos nos quais o prejuízo decorrente de um determinado empreendimento tenha impactado os demais empreendimentos de uma mesma SPE em uma espécie de “contaminação”. Em regra, os casos de maior impacto foram observados por dificuldades econômico-financeiras de grupos econômicos como um todo, impactando seus empreendimentos estivessem eles segregados por SPEs na interpretação estrita ou não. Entende-se, ainda, que as regras da ANEEL que buscam preservar a individualidade das concessões de serviços públicos contribuem para que não haja a referida “contaminação”.

Ademais, em especial por razões históricas, é notória a existência de casos no setor elétrico em que as atividades de geração e transmissão são exploradas pela mesma sociedade, não havendo obrigação legal de desverticalização das atividades de geração e transmissão (ao contrário do que ocorre com a atividade de distribuição de energia elétrica).

Diante disso, entende-se que, ao menos, deve ser adotada a interpretação ampla, que permitiria ainda significativos ganhos de sinergia e eficiência que poderiam contribuir de forma relevante para a competitividade no setor elétrico e, em última instância, na redução de custos e na modicidade tarifária. Sugere-se, ainda, que haja a possibilidade de exploração das atividades de geração e transmissão concomitantemente por meio de uma mesma sociedade.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

b) é adequado à competitividade e à qualidade da contratação permitir que os vencedores dos leilões comprovem o patrimônio líquido mínimo exigido nos editais mediante a utilização dos balanços patrimoniais de outras sociedades não participantes do leilão (suas controladoras diretas)? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas?

c) é adequado à competitividade e à qualidade da contratação permitir que os vencedores dos leilões comprovem o patrimônio líquido mínimo (com balanços próprios ou de terceiros) e possam, na sequência, constituir nova sociedade que não apresentam o mesmo patrimônio líquido mínimo para receber a concessão ou autorização? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas?

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA:

Para o questionamento em questão, entende-se ser adequado permitir a comprovação da capacidade econômico-financeira mediante a utilização das informações de seus controladores (diretas ou indiretas), nesse caso, observada a proporcionalidade/diluição ao longo da cadeia societária. Considera-se que o critério de controle é suficiente para assegurar a competitividade e a qualidade almejadas pela Administração Pública e sugere-se que não tal possibilidade não deve existir nos casos de participações sem poder de controle.

Isso porque, por vezes, a segregação de sociedades ou a criação de sociedades distintas integrantes de um mesmo Grupo Econômico se faz necessária por questões de otimização societária, eficiência tributária ou mesmo para a segregação de atividades e especialmente para a obtenção de financiamentos como indicado no parágrafo 12 da referida Nota Técnica.

Ainda assim, como bem resumido no parágrafo 60, *uma vez comprovada a capacidade financeira do acionista controlador e figurando este como interveniente-anuente no contrato, certamente atuará para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital na sociedade controlada.*

Neste ponto, vale mais uma vez recorrer ao histórico recente do setor elétrico, que indica não ter havido prejuízos ao setor pelo fato de determinada SPE não possuir capacidade econômico-financeira. Tal como indicado na contribuição anterior, os casos relevantes de inadimplência com a implantação de empreendimentos decorreram de dificuldades no âmbito de determinados grupos econômicos, o que, salvo melhor juízo, não teria sido evitado caso houvesse a “transferência” da capacidade econômico-financeira da *holding* para as SPEs.

A mesma lógica se aplica ao recebimento da outorga por sociedades que não apresentem o patrimônio líquido mínimo exigido no Edital. Isso porque, como citado, entende-se que a robustez financeira do grupo econômico é um relevante indicativo da capacidade de suas subsidiárias e controladas de cumprir as obrigações legais e regulatórias assumidas.

Adicionalmente, no âmbito dos Leilões, em regra, já é exigida a apresentação de Garantia de Fiel Cumprimento que, em última instância, garantiria o ressarcimento de eventuais prejuízos causados em virtude de descumprimentos ao disposto nos respectivos atos de outorga e regulamentação setorial, ainda que a SPE não apresente o patrimônio líquido exigido nos Editais. Diante do exposto, entende-se que deve ser mantida a regra atualmente vigente que permite a comprovação da capacidade econômico-financeira do grupo econômico bem como a criação de SPE.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

d) faz sentido exigir nos leilões de geração e transmissão a constituição de sociedades de propósito específico se a legislação e a regulação vigentes não apresentam exigência nesse sentido? Por quê? Em caso de resposta negativa, quais correções devem ser realizadas?

68. Por sua vez, entende-se que a questão “d” coloca em debate a coerência das exigências editalícias com as demais exigências normativas setoriais. A pergunta pode ser reformulada nos seguintes termos: faz sentido exigir/possibilitar nos leilões a especificidade do propósito (objeto social), tanto para efeitos de comprovar PL mínimo quanto para receber a delegação, quando a legislação e a regulação vigente parecem não apresentar a mesma preocupação com tal especificidade de propósito?

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA:

Especificamente sobre o item d, como também destacado na Nota Técnica, entende-se não haver previsão na legislação e na regulação vigente no sentido de exigir a criação de SPE para o recebimento de outorga no âmbito do setor elétrico.

Diante disso, tal como também detalhado na contribuição referente ao item “a”, entende-se que uma maior liberdade na gestão dos negócios pelos outorgados no âmbito do setor elétrico tem por objetivo propiciar ganhos de eficiência societária, tributários e econômico-financeiros que, em última instância, com a garantia da competitividade nos certames, serão refletidos na redução dos custos do setor.

Nestes termos, entende-se que a criação de uma SPE deveria ser facultativa para que cada agente adote a estratégia que acredite estar mais alinhada com a gestão de seu negócio.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

60. Entende-se que a possibilidade de se aceitar a comprovação do patrimônio líquido mínimo com o uso de balanços patrimoniais de sociedades controladoras diretas fundamenta-se na compreensão de que, uma vez comprovada a capacidade financeira do acionista controlador e figurando este como interveniente-anuente no contrato (o que não ocorre na maioria dos casos nos leilões de geração), certamente atuará para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital na sociedade controlada.

61. Já a possibilidade da constituição de SPE para receber a delegação fundamenta-se em suposição semelhante: a de que não há qualquer problema em se delegar investimentos milionários (por vezes, bilionários) para sociedades com capital social de poucas centenas ou milhares de reais, haja vista que o acionista controlador deverá atuar para realizar, no tempo e na quantidade necessária, os aportes de capital.

62. Assim deve-se questionar quão válidas são tais suposições e, na medida em que se as considerem válidas, quão razoável seria exigir que o acionista controlador já realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital? (...)

66. Na medida em que se compreenda como desnecessário o aporte do capital na sociedade que receberá a delegação, questiona-se então quais outras garantias corporativas o acionista controlador “habilitado” (que demonstrou possuir o patrimônio líquido mínimo) poderia então oferecer, ao menos durante a fase de implantação dos empreendimentos, para o pagamento de eventuais multas editalícias e administrativas?

67. Tais garantias poderiam ser executadas sem benefício de ordem ou desconsideração da personalidade jurídica? Como viabilizar tal solução? A assinatura dos contratos de concessão pelo acionista controlador, como interveniente-anuente, produz quais efeitos e consequências jurídicas? Como viabilizar tais efeitos e consequências jurídicas nos leilões de geração nos quais, na maior parte, não há a assinatura de contratos de concessão, mas apenas a emissão de atos autorizativos e a assinatura de contratos de comercialização de energia elétrica?

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA:

Entende-se que a possibilidade de constituição de SPE é uma alternativa que deve estar à disposição dos interessados em participar nos leilões de geração e transmissão, que poderão decidir de acordo com a sua estratégia de gestão de negócios. Como é do conhecimento da ANEEL, muitas vezes, as SPEs são constituídas também para viabilizar estruturas de *project finance*, que podem trazer vantagens ao possibilitar a captação de capital de terceiros para a implementação dos projetos, em adição aos recursos próprios dos acionistas. Nesse contexto, ainda que haja a constituição da SPE, considera-se que não seria razoável exigir como contrapartida que o acionista controlador realize o aporte mínimo de capital para comprovar o patrimônio líquido requerido no edital (já comprovado pelo próprio acionista controlador para fins de habilitação). Caso tal exigência seja incluída, as opções de captação de recursos para implementação do projeto poderiam ser prejudicadas. Ressalta-se, ainda, que como os interesses do acionista controlador e da SPE estão alinhados, não há razões para supor que o acionista não atuará tempestivamente realizando os aportes de capital necessários à implementação dos empreendimentos.

Ademais, destaca-se que, no âmbito de alguns Leilões, o próprio Edital exige a apresentação de garantias de proposta que posteriormente serão substituídas por garantias de fiel cumprimento. Especificamente para os Leilões de Transmissão, destaca-se, inclusive, ter havido um aprimoramento nas regras referentes à garantia de fiel cumprimento cujo valor passou estar vinculado ao deságio oferecido no âmbito do Leilão.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA (cont.):

Neste sentido, vale destacar que, ainda que não haja o aporte de capital do acionista controlador na sociedade controlada citado nos parágrafos 60 e 66, as garantias de fiel cumprimento provavelmente continuariam a ser necessárias para cobrir eventuais prejuízos observados no âmbito do setor elétrico (nesse sentido, vide processos administrativos 48500.003694/2017, 48500.003744/2017 e 48500.006277/2018).

Entende-se que as garantias de fiel cumprimento não podem ser executadas sem benefício de ordem ou desconsideração da personalidade jurídica, porque tal execução seria ilegal. Caso haja a constituição de SPE, entende-se que o patrimônio do acionista controlador somente poderá ser atingido se houver a desconsideração da personalidade jurídica, observados os requisitos legais (*i.e.* em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial).

Diante disso, entende-se que a metodologia atualmente vigente de apresentação de garantia de fiel cumprimento em valor definido pela ANEEL é suficiente para mitigar eventuais riscos ao setor elétrico.

CONTRIBUIÇÕES – EQUATORIAL ENERGIA S.A.

Possibilidade da Transferência de Controle Societário

CONTRIBUIÇÃO GRUPO EQUATORIAL ENERGIA:

Recentemente, os Editais dos Leilões de Transmissão realizados a partir do ano de 2020, passaram a vedar a transferência de controle societário das concessionárias transmissão entre a assinatura do contrato de concessão e a entrada em operação comercial dos ativos. Entende-se que tal vedação é oportuna e aderente ao objetivo da Agência de atrair investidores tecnicamente capacitados e com robustez financeira adequada para os Leilões, razão pela qual sugere-se a manutenção da referida regra para os próximos leilões de transmissão.

Sem prejuízo da manutenção da referida regra, para maior clareza na interpretação da referida limitação, sugere-se que tal vedação à transferência de controle no período entre a assinatura do contrato de concessão e a entrada em operação comercial dos ativos expressamente excetue operações societárias ocorridas no âmbito do próprio consórcio que participou do certame (*i.e.* aumento e/ou diminuição da participação das consorciadas – ou, no caso de constituição de SPEs, das acionistas – seriam admitidos desde que as consorciadas/acionistas que se sagraram vencedoras do certame não sejam alteradas) e reestruturações societárias ocorridas no âmbito do respectivo grupo econômico da concessionária (estas últimas hipóteses já previamente anuídas nos termos da regulamentação setorial vigente), além de manter as exceções já previstas, quais sejam, os casos em que a transferência de controle societário for decorrente de desestatização ou seja considerada como alternativa à extinção da concessão com benefício para a adequação à prestação do serviço, nos termos do art. 4º-C da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.
