

A interveniência do controlador societário em contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica: disposições e inovações contratuais à luz do direito reflexivo

The Intervention of the Controlling Shareholder in Concession Contracts in the Public Service of Electricity Distribution: Provisions and Contractual Innovations in the Light of Reflexive Law

Submetido(submitted): 23/12/2014

Parecer(revised): 20/01/2015

Aceito(accepted): 12/03/2015

Acácio Alessandro Rêgo do Nascimento *

Resumo

Propósito – O artigo analisa em que medida a interveniência do controlador societário e as disposições inerentes ao controle societário previstas nos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica se validam à luz do ideário do direito reflexivo.

Metodologia/abordagem/design – Adota-se uma abordagem dogmática e sócio-jurídica, baseada na teoria da autopoiesis e do direito reflexivo, procedendo-se à seleção normativa, tabulação e comparação das disposições contratuais relacionadas ao controlador societário, constantes dos contratos das dez concessionárias de distribuição com a maior quantidade de consumidores e de distribuição de energia elétrica no ano de 2013. O artigo realiza, enfim, o exame crítico de reflexividade das disposições selecionadas.

Resultados – Conclui-se que a interveniência do sócio controlador nos contratos investigados se consubstancia fortemente em estratégias reflexivas, entretanto, as cláusulas contratuais contam com escassos mecanismos de reforço para a efetividade regulatória.

Implicações práticas – A aplicação dos preceitos teóricos divulgados no artigo e as sugestões ofertadas podem ser aplicadas em novos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, com o objetivo de aumentar a efetividade regulatória das cláusulas avençadas.

Palavras-chave: autopoiesis, direito reflexivo, serviço público, energia elétrica, concessão de distribuição.

* Graduado em Contabilidade e em Direito pela Associação de Ensino Unificado de Brasília (AEUDF), com especialização em Direito da Regulação pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). É servidor público da carreira de Regulação e Fiscalização de Recursos Energéticos, no cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Este artigo expressa exclusivamente a posição do autor, não representando a posição da instituição para a qual trabalha.

Abstract

Purpose – It analyzes to what extent the intervention of the controlling shareholder and its inherent provisions in power distribution utilities contracts are validated in the light of reflexive law constructs.

Methodology/approach/design – The dogmatic and socio-legal approach is applied, based on the theory of autopoiesis and reflexive law. It proceeds with the normative selection, tabulation and comparison of the contractual clauses related to the controlling shareholder, constant in the contracts of the ten most prominent power distribution utilities with the largest number of consumers and power distribution in 2013. It performs the critical examination of reflexivity of selected rules.

Findings – It concludes that the intervention of the controlling shareholder at the investigated contracts is strongly embodied as reflexive strategies, notwithstanding contractual clauses have few reinforcement mechanisms for regulatory effectiveness.

Practical implications – The application of theoretical principles disclosed in the article and the suggestions offered can be applied in new power distribution utilities contracts, with the purpose of increasing the regulatory effectiveness of the clauses.

Keywords: Autopoiesis, reflexive law, public services, electricity, intervention, controlling shareholder.

Introdução

O sócio controlador societário da empresa delegatária de serviço público de distribuição de energia elétrica figura como interveniente do contrato de concessão e, em razão disso, está sujeito às obrigações pessoalmente assumidas e também vinculado a um plexo de obrigações avançadas por sua controlada.

Com a proximidade do término da vigência de um bloco de concessões de distribuição de energia elétrica, o que ocorrerá a partir de 2015, considerando o conhecimento regulatório acumulado neste período concessório que se encerra, justifica-se o debate sobre a revisão das disposições contratuais então vigentes sobre esta interveniência, de sorte que eventuais manutenções ou inovações relevantes possam ser incorporadas na oportunidade das futuras contratações de longo prazo, quer licitadas, quer prorrogadas, conforme juízo do poder concedente.

Para este reexame, o artigo tem como ponto de partida a teoria da autopoiesis, que, desde sua fundação no seio das ciências biológicas e de sua transposição para o campo das ciências sociais, tem sido objeto de inúmeros estudos mundo afora, estando em contínuo apuro científico.

No desenvolvimento dessa teoria no âmbito do direito, Gunther Teubner abordou o significado de direito reflexivo, voltando-se ao exame de ferramentas que possam proporcionar aumento de efetividade da ação regulatória, indicando, para tanto, estratégias que intitulou observação sistêmica mútua, articulação pela interferência e a comunicação pela organização.

Neste contexto da identidade autopoietica do fenômeno regulatório, analisa-se, neste artigo, em qual medida a interveniência do controlador societário e as disposições inerentes previstas nos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica, se validam à luz do ideário do direito reflexivo.

Cogita-se que a interveniência do controlador societário no contrato de concessão é validada sob a ótica do direito reflexivo, pois conforma uma comunicação pela organização e amplifica uma interferência intersistêmica potencialmente relevante, a depender da forma de organização jurídica do grupo empresarial signatário.

Entretanto, quanto às disposições contratuais avençadas, ventila-se que se restringem, quando muito, à lógica de reforço por mecanismo de intervenção por coerção e não estimulam, em sua maioria, a substituição de hetero-regulação por auto-regulação e nem mecanismos de reforço por opções jurídicas.

No que tange às consequências operativas do direito reflexivo, vislumbra-se que tanto a interveniência quanto as disposições contratuais imanentes possam ser amplamente consubstanciadas com inovações contratuais modeladas e robustecidas com base nas estratégias apresentadas.

Após o estudo da teoria no âmbito da biologia, sociologia e direito, foram escolhidos os contratos de concessão a serem examinados com base em sua representatividade no mapa brasileiro de concessões atualmente vigentes. De posse dos contratos e seus termos aditivos, as disposições contratuais vinculadas à interveniência do controlador foram levantadas nos contratos investigados, tabuladas e comparadas entre si. Realizou-se, por fim, o exame crítico de cada grupo de disposições levantadas.

Como decorrência da metodologia, o trabalho se subdivide em quatro capítulos. No capítulo inicial, é apresentada a teoria da autopoiesis com foco no direito reflexivo e suas estratégias, as quais serviram de instrumentos ao exame proposto. No segundo capítulo, é apresentado o serviço público de distribuição de energia elétrica, com a exibição, triagem e eleição dos contratos a serem examinados, levando-se em conta sua relação para com a cobertura social de consumidores. No derradeiro capítulo, é realizada a seleção e avaliação normativa das disposições sob a lente do direito reflexivo e, concomitantemente, recomendadas as inovações encontradas.

Da Autopoiesis ao Direito Reflexivo

Fundada no âmbito das ciências biológicas por Humberto Maturana e Francisco Varela, a teoria da autopoiesis teve seu nascedouro com o intuito de explicar o sistema vivo. Eles propuseram que a característica fundamental dos seres vivos é o fato de produzirem continuamente a si próprios, organização que

denominaram organização autopoietica (MATURANA e VARELA, 2001, p. 52).

Para esses autores (MATURANA e VARELA, 2001, p. 54), a organização se refere à relação entre os componentes de um determinado sistema, denominando de estrutura os componentes e as relações que compõem de forma concreta uma unidade e que configuram a sua organização.

Em razão dos sistemas autopoieticos se tratarem de unidades autônomas que atuam em clausura operativa, passou-se então a se investigar como se dá a interação do sistema com seu meio envolvente, buscando compreender a compatibilidade entre a identidade-mudança de cada sistema autopoietico e sua clausura-abertura ao meio envolvente.

Maturana e Varela (2001, p. 61) explicam que se uma célula – sistema vivo – interage com uma determinada molécula e a incorpora a seus processos, a consequência da interação não é determinada pelas propriedades da molécula, mas sim pela maneira de como ela é percebida e tomada pela célula ao apropriá-la à sua lógica autopoietica, fazendo com que as mudanças sistêmicas porventura ocorridas em razão desta interação sejam determinadas pela própria estrutura da unidade celular.

A autonomia do sistema autopoietico para Maturana e Varela (2001, p. 87) faz com que a interação entre sistema e meio envolvente se opere através do que chamaram de *perturbações*. Quando provocadas pela estrutura do meio, elas desencadeiam modificações na estrutura da unidade, e vice-versa, sem, entretanto determinar ou informar as modificações. Quando tais interações tornam-se recorrentes, forma-se um acoplamento estrutural, resultando em mudanças estruturais e concordantes.

Em uma segunda etapa do desenvolvimento da teoria, os autores promoveram estudos sobre autopoiesis e cognição, contribuindo para descobertas epistemológicas ao investigar como se dá a atividade do sistema nervoso: se determinada pelo próprio sistema ou se determinada pelo mundo exterior.

Concluíram que o sistema nervoso é autopoietico, funcionando em clausura operacional, organizado de forma tal que suas mudanças geram outras modificações em si mesmo, operando de forma a manter certas relações invariáveis entre os seus componentes face às perturbações tanto de sua dinâmica interna, como nas interações do organismo de que faz parte, isto é, opera como uma rede fechada de mudanças de relações de atividade entre seus componentes (MATURANA e VARLEA, 2001, p. 183).

Eles sustentam que, desde a célula até a totalidade do sistema nervoso, trata-se de um sistema organizacionalmente fechado, de tal sorte que a observação de um sistema face a um determinado objeto observado é, na verdade, um processo de auto-observação, pois se opera sob uma lógica circular

e auto-referencial, ou seja, ao mesmo tempo indiferente e inacessível à lógica do sistemas envolventes, ao invés de uma lógica linear e causal que se opera numa troca direta de *inputs e outputs* com aqueles.

Com efeito, afirma que em razão deste circuito fechado, um sistema vivo não é capaz de acessar e observar a autopoiesis dos sistemas envolventes, podendo auto-observar as descrições e representações que, enquanto observador, concebe dos sistemas observados, isto é, que todo conhecimento é exclusivo do “meta-domínio cognitivo do sistema observador (...); o resultado de um processo em que o observador explica ou descreve o próprio observador.” (ANTUNES, 1989, p.vii).

Tempos depois da fundação da teoria, a tentativa de aplicação de tais compreensões ao sistema social teve em Niklas Luhmann seu maior expoente. Superando leituras que posicionavam este sistema tal qual um biosistema de segundo grau, propôs uma autonomização; uma autopoiesis específica do sistema social.

Os sistemas sociais são constituídos pelas comunicações, tendo como base reprodutiva o sentido, como unidade elementar o ato comunicativo e como fruto da auto-reprodução outras comunicações, se distinguindo do sistema biológico, constituído por indivíduos, tendo como base reprodutiva a vida e como elemento básico as moléculas orgânicas que se auto-reproduzem por fratura celular (mitose), fenômeno obviamente presente nos metacelulares.

Para Luhmann (2009, p. 89) o ponto de partida teórico para a compreensão dos sistemas é a diferença que se dá entre sistema/meio simplesmente porque a operação somente se conecta às operações de seu próprio tipo, abstraindo as demais.

Os sistemas sociais surgem quando a comunicação opera mais comunicação, a partir da própria comunicação (LUHMANN, 2009, p. 90 e 91). Logo, para Luhmann, o social é uma rede autopoietica e um sistema definido pelo fenômeno da comunicação.

Ressalta-se que Luhman (2009, p. 73) adota os novos princípios teóricos da recursividade, autorreferência e da circularidade, como fundamentos do encerramento operativo (qualidade dos sistemas fechados), que capacitam o sistema a distinguir-se do meio para combinar suas operações e, ao mesmo passo, dão condição da própria abertura sistêmica. Como decorrência do fechamento operacional (LUHMANN, 2009, p. 111), o sistema depende de sua própria organização, se compatibilizando com a desordem do meio envolvente e, assim:

“as estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente mediante comunicações.” (LUHMANN, 2009, p. 111)

Sobre a geração de sistemas de segundo grau, Antunes (1989, p. xiii) explica que Luhmann, no seu paradigma funcionalista-sistêmico, sustenta que novos circuitos comunicativos emergem e tornam-se autônomos do circuito comunicativo do sistema social geral, quando alcançam determinado grau de complexidade e perfeição na sua própria organização auto-reprodutiva.

O preceito da diferença também informa a autonomia existente dos sistemas sociais funcionais autopoieticos de segundo grau, como por exemplo do direito, da economia, da política. Estes se diferenciam entre si por desenvolverem códigos comunicativos próprios formados de uma distinção, como no caso dos atos de comunicação jurídicos do subsistema social do direito, que tem como eixo circular e recursivo o código binário composto pela distinção legal/ilegal, que assegura a autonomia deste subsistema.

O direito como sistema autopoietico é o tema que dá nome e ocupa grande parte da obra de Gunther Teubner, que contém também reflexões de caráter geral da teoria autopoietica do social.

Quanto aos aspectos gerais registra-se a existência de compreensões de Teubner (1989, p. 64) sobre a dinâmica gradativa da autonomização do direito e sobre a relação entre autopoiesis e evolução, mormente jurídica (TEUBNER, 1989, p. 112), questões que Luhmann, ao divergir (2009, p. 126), sustentou que, a rigor, um sistema é autopoietico ou não, ou isto/ou aquilo, não lhe sendo próprio um processo de gradualidade e, assim, não sendo capaz de explicar a evolução de sistemas complexos.

Em contraposição, Teubner (1989, p. 66-68) propõe desembaraçar a visão rígida e inflexível deste conceito, justificando que o aumento cumulativo de relações circulares faz da autopoiesis um processo cuja gradação é determinada progressivamente pela definição auto-referencial dos seus componentes (auto-observação), seguida da incorporação sistêmica desta auto-observação (auto-constituição) e, por fim, a articulação hipercíclica dos seus componentes autopoieticamente gerados.

Já sobre evolução, Teubner (1989, p. 113) defende que um sistema auto-reprodutivo delimita sua tolerância às alterações em razão de sua auto-manutenção cíclica, sendo esta manutenção o cerne da evolução, posicionada em grau superior à capacidade de adaptar-se ao meio. Ao contextualizar o direito nesta compreensão, expõe que:

“A tese (...) é de que a emergência da autopoiesis no direito opera como que uma transposição de funções evolutivas do exterior para o seio do próprio sistema, uma internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Este processo de internalização transfere assim o epicentro da dinâmica evolutiva do meio envolvente para o interior do próprio sistema e subordina-o à lógica autopoietica. (...) uma transposição de mecanismos evolutivos sociais externos para mecanismos jurídicos ‘internos’, no sentido de que tais mecanismos externos passam a exercer um mero efeito ‘modelador’ da

evolução jurídica, ao passo que o protagonismo do processo evolutivo interno passa a caber a elementos estruturais internos.” (TEUBNER, 1989, p. 113)

Ainda sobre a evolução, Teubner (2009, p. 123) afirma que, nas relações sistema/meio, não ocorrem influências diretas e causais sobre os desenvolvimentos jurídicos, mas sim uma co-evolução dos sistemas – economia, política, organizações, por exemplo – numa mútua influência indireta.

Respalhado nesses entendimentos, Teubner passa a examinar a relação entre autopoiesis jurídica e regulação social, inclusive os motivos sistêmicos de seus insucessos, propondo que esta regulação se faça através do direito reflexivo, que poderá incrementar a efetividade regulatória.

Quanto à sua constituição teórica, o direito reflexivo tem tanto um caráter normativo quanto analítico, entendendo-se por reflexividade tanto a seleção e a avaliação normativa, como também a análise empírica da posição histórica do direito como sistema autopoietico do social. O direito reflexivo se destina ao exame de sociedades funcionalmente diferenciadas e deve determinar as consequências operacionais dessa avaliação extraída da auto-referência do direito (TEUBNER, 1989, p. 138). Ademais, cumpre ressaltar que, segundo Teubner (1989, p. 137), no plano político-jurídico, a autonomia social é revelada pela dimensão fática e no campo técnico-jurídico, o direito reflexivo se relaciona com a evolução processual do discurso jurídico.

Tome-se por ponto partida que, levando-se em conta as características de clausura auto-referencial e abertura dos sistemas autopoieticos, há resistência dos subsistemas sociais às tentativas de regulação externa, fato que se identifica tanto na indiferença à sua adequação ao meio envolvente, quanto na imunidade às medidas político-regulatórias introduzidas (TEUBNER, 1989, p. 154).

Assim a autonomia dos subsistemas sociais os torna inacessíveis à intervenção jurídica direta, o que leva Teubner (1989, p. 130) a concluir e propor a hetero-regulação através da auto-regulação, isto é, a auto-regulação como princípio da própria regulação.

O desafio de superação da dupla autopoiesis do direito e dos outros subsistemas sociais se amplifica quando as pretensões jurídicas buscam exercer uma ampla influência na sociedade, o que de fato é demandado do direito regulatório: um instrumento de controle social edificado pelo subsistema político e compelido a desenvolver vínculos com a realidade social (TEUBNER, 1989, p. 143).

Nessa vertente, a regulação social pelo direito deve ser implementada via mecanismos de informação e interferência, os quais mediam o encerramento operativo do direito – que gera informação interna a partir da realidade jurídica autônoma – e sua abertura ao meio envolvente – pela qual o direito se liga ao meio envolvente por meio da interferência intersistêmica (TEUBNER, 1989, p. 130).

Para tanto, as estratégias apresentadas por Teubner (1989, p.191) são a observação mútua dos sistemas, que leva ao limite a co-evolução cega do direito e da sociedade, podendo ser reforçada pela influência sobre os mecanismos de variação do direito; a interferência intersistêmica, que estabelece um vínculo comunicativo entre os sistemas, mas que produz perdas de motivação e de informação, e que pode ser robustecida por uma política de opções jurídicas; e, por fim, a comunicação pela organização.

Quanto à observação intersistêmica, assunto tratado em item específico de sua obra, Teubner (1989, p. 155) alega que os subsistemas não se modificam arbitrariamente, mas sim segundo padrões similares de co-variação, podendo apenas (co)evoluir em isolamento recíproco, num processo de co-evolução “cega”, fora do controle sistema/meio e somente subordinada à dupla seleção autopoietica do sistema jurídico e do sistema regulado. Ele indica que o sucesso regulatório, nesse caso, dependerá de que os atos jurídicos satisfaçam a autopoiesis de ambos os sistemas, podendo o examinador identificar a presença ou ausência de acoplamento estrutural, e que é possível influir nos mecanismos de co-variação através das respectivas operações sistêmicas internas, fazendo com que concepções – por exemplo, do sistema econômico – sejam expostas aos mecanismos evolutivos de variação do direito, como ocorre via acesso e ampliação de condições de acesso à justiça.

Quanto à interferência intersistêmica, tratada em item próprio, Teubner (1989, p. 165) afirma ser uma espécie de ponte com o condão de romper – por um mesmo evento comunicativo de repercussão simultânea em mais de um subsistema – a circularidade em sistemas sociais autopoieticos de segundo grau.

Para Teubner a interferência só é possível entre subsistemas sociais detentores de mesma base reprodutiva (sentido) e fundados no mesmo elemento constitutivo (comunicação), em um processo de diferenciação do sistema mais abrangente da sociedade (como o direito, a economia, as organizações, a política), pois o resultado de toda e qualquer comunicação específica do subsistema é, no mesmo evento, uma comunicação social geral, a qual pode carrear, simultaneamente, informação a ser capturada por códigos binários funcionais-sistêmicos distintos.

Esse mecanismo ultrapassa a mera auto-observação por possibilitar uma articulação direta e recíproca com o meio envolvente, o que não quer dizer, obviamente, intervenção direta sistema/meio envolvente, senão estaríamos a falar de desintegração do sistema autopoietico.

Sobre a interferência, Teubner examina, em tópico específico do seu livro, alguns de seus problemas inerentes (1989, p. 181). Embora atribua aos sistemas jurídicos o aumento exponencial de probabilidade de aceitação da comunicação, ele explica que diante de um mesmo ato comunicativo, a validade jurídica (norma válida/não válida) pode diferir quanto a sua validade no âmbito

social, onde pode deter graus de intensidade variáveis, gerando um efeito de indiferenciação. Por isso, Teubner afirma que atos jurídicos só podem replicar seguramente outras comunicações jurídicas, sendo limitada sua persuasão social, carecendo – inclusive na interferência sistêmica – de medidas de reforço, como de natureza ética, conscientização da retidão do direito e, acima de tudo, coerção. Ressalta Teubner (1989) que a flexibilização da aplicação do direito é inócua para incremento de motivação.

Em razão desse contexto, Teubner esclarece que há perda de informação – tanto maior, quanto mais filtragens afastarem a área regulada – e há perda de motivação, principalmente quando o sistema jurídico tenta alongar-se sobre os outros subsistemas ou tenta projetar-se para o interior de organizações, situações em que se deve esperar forte resistência e baixa probabilidade de sucesso quando conflitar interesses de natureza lucrativa ou que ameace a continuidade da organização.

Para solver a questão, Teubner indica o instituto do contrato – que promove um acoplamento estrutural das autonomias dos sistemas jurídico e econômico – e o direito subjetivo, por ambos usarem a interferência intersistêmica e coincidirem em um único ato, ações jurídicas, ao normatizarem, ações econômicas, por tratarem de atos de pagamento, e ações sociais em sua repercussão comunicativa geral.

Visando robustecer ainda mais o potencial regulatório do contrato, Teubner propõe a combinação das estratégias de observação e interferência por meio do desenvolvimento de uma política de opções jurídicas flexíveis e adaptáveis, passível de correção quando do exercício de opção pelo sistema regulado. O contrato ofereceria alternativas juridicamente válidas ao sistema regulado que, uma vez escolhidas pelo destinatário, determinam a observância das condições previamente estabelecidas.

Teubner entende que tal raciocínio possa ser expandido ao universo do direito reflexivo, importando em substituição de uma pretensão regulatória compreensiva por uma de natureza optativa. Sobre isso, aponta determinados impactos no funcionamento das normas jurídicas, porém adiciona que a regulação opcional pode ser condicionada ou relacionada com outros mecanismos de intervenção, ou ainda associada a condições atrativas, como por exemplo, a concessão de certos privilégios, o condicionamento de benefícios e a promoção de impulsos regulatórios, combinando-se a lógica de subsistemas, como por exemplo a concessão de subsídios versus estipulação de condições.

Quanto à estratégia da comunicação pela organização, Teubner explica em seção específica de seu livro (1989, p. 190), que os subsistemas sociais não detêm capacidade própria de ação, passando a depender da atuação de organizações para tal, as quais são circuitos de decisão organizacional operativamente fechados. Embora elas não sejam possuidoras de uma

representatividade autêntica e vinculativa do subsistema, esta dificuldade é compensada por mecanismos formais que atribuem poderes políticos aos membros da organização, capacitando-os a se comunicar nas fronteiras dos subsistemas funcionais, quando as decisões organizacionais podem ser ligadas comunicativamente com comunicações coincidentes de natureza jurídica, econômica etc. Para Teubner, a comunicação pela organização depende de que seja criado um sistema de comunicações, via interferência intersistêmica, que além de favorecer a multiplicação de observações entre os subsistemas, se trata de uma solução que abre acesso aos nódulos de auto-regulação dos subsistemas – e assim, ainda que mediato e indireto, mais efetivo que o sistema comando-e-controle.

Sem anseio de, para o momento, haurir a apresentação da já academicamente difundida teoria que apresenta o direito enquanto um subsistema funcional autopoiético, do igualmente autopoiético sistema social, procurou-se posicioná-la para fins de especificar seus elementos, em especial, observação intersistêmica, interferência intersistêmica e comunicação pela organização, que instrumentalizarão as reflexões acerca dos elementos contratuais a seguir levantados.

Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica

O desempenho das atividades econômicas atinentes aos serviços e instalações de energia elétrica no Brasil, bem como o aproveitamento dos cursos de água, competem, por disposição constitucional, à União, que pode explorá-los diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.¹

Dentre as atividades econômicas de energia elétrica delegáveis, encontram-se, atualmente, a produção, a comercialização, a transmissão e a distribuição de energia elétrica.

No atual cenário, a atividade de distribuição de energia elétrica teve seu desempenho delegado sob o regime de serviço público.

Para a prestação dos serviços públicos,² a Constituição da República traçou, em seu art. 175, a norma-quadro para a edição de lei, obrigando a

¹Confira-se o art. 21, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal; que diz: “Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (...)”

²Tanto Justen Filho (2003, p. 18) quanto Grau (2007, p. 101) entendem que o serviço público é, ao lado da atividade econômica estrito senso, uma espécie do gênero atividade econômica. O primeiro autor reconhece que o serviço público detém caracteres econômicos que justificam este entendimento enquanto que o segundo autor relaciona o serviço público com a satisfação de necessidades, a utilização de bens e serviços e

instituição de um regime próprio para a concessão ou permissão, contemplando como elementos, a forma prescrita do contrato (solenidade), a licitação, a disposição quanto às condições de caducidade, de fiscalização, a rescisão contratual, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manutenção de serviço adequado.³

Para reger as delegações, foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.⁴

Desde sua edição, essa lei tem como objeto o estabelecimento do referido regime e, como âmbito, a aplicação nacional por todos os entes da federação, aos quais ordenou promoverem a adaptação de suas legislações próprias aos seus comandos, sinalizando o reconhecimento da existência da pluralidade de serviços possíveis, sujeitos a inúmeras peculiaridades e distribuídos pelas diversas esferas estatais.

Quanto ao encadeamento jurídico, a Lei 8.987, de 1995, prevê a sua combinação com os termos do art. 175 da Constituição Federal, com as demais normas pertinentes, o que inclui as disposições do contrato de delegação, fixado

recursos escassos (GRAU, 2007, p. 101). Não só isso, mas o serviço público (na acepção ora tratada) produz bens e serviços, gera riqueza, quer tenha seu resultado expresso pelo resultado das empresas públicas ou sociedades de economia mista nas contas nacionais, quer seja o resultado econômico nulo quando a produção é consumida distributivamente pela coletividade ao valor de custo.

³Confira-se o art. 175. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁴A lei foi publicada após tramitação com emendas ao Projeto de Lei do Senado nº 179, de 18 de outubro de 1990, de autoria do então senador Fernando Henrique Cardoso. A Justificação do Projeto (BRASIL, 1990), pesquisada diretamente, expressa que o objeto da norma recaiu sobre a categoria dos serviços considerados impróprios do Estado, entendidos como aqueles que voltados ao atendimento da coletividade, possam ser descentralizados ou transferidos remuneradamente a particulares, mirando o ganho de eficiência e economia de recursos públicos. A justificação aponta também que o foco pretendido com o ato de delegar era o aumento de eficiência na prestação dos serviços públicos, independentemente se desempenhado pelo setor público ou privado, em contraposição à generalizada insatisfação social face à qualidade deficiente dos serviços prestados na época. A proposta da outorga a particulares foi taxada como a opção eficaz de redirecionamento da aplicação dos recursos públicos e a justificativa afirmava a capacidade do controle e fiscalização estatal e a transparência inequívoca para o ato de transferir atividades de forma veemente para o setor privado.

por ela própria como imprescindível para a formalização das delegações. A lei designou como poder concedente os entes políticos da federação em cuja competência se encontre o serviço público e considera que este pode ser delegado a quem demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco. Tal delegação pode-se dar por concessão à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, ou por permissão à pessoa jurídica ou natural.

O contrato de concessão se distingue do de permissão, ao passo que neste a formalização se dá mediante contrato de adesão, de natureza precária e sujeito à revogação unilateral.

Em consonância com a previsão constitucional, a Lei 8.987, de 1995, detalhou o conceito de serviço adequado como aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Deste elenco de conceitos jurídicos indeterminados, a lei esclarece que a atualidade compreende a modernidade patrimonial, sua conservação e melhoria, bem como a expansão do serviço. Ela adicionou também que interrupções decorrentes de situações motivadas de emergência ou por inadimplência do usuário não caracterizam descontinuidade.

Para disciplinar a relação das partes envolvidas, o diploma legal estabeleceu direitos e obrigações dos usuários, os encargos das concessionárias e os do poder concedente.

Enquanto se destacam as incumbências das concessionárias de prestação do serviço adequado, do cumprimento das cláusulas contratuais firmadas e da gestão dos recursos financeiros para prestação do serviço, para o poder concedente sobressaem, entre outros, os encargos de regulamentar e fiscalizar o serviço, aplicar penalidades, reajustar e revisar tarifas, cumprir e fazer cumprir as cláusulas dos contratos, solucionar reclamações dos usuários e incentivar a competitividade, estimular o aumento da qualidade e da produtividade, além de promover a extinção das concessões.⁵ As competências do poder concedente foram acrescidas com dispositivo na Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que lhe atribuiu, para os serviços de energia elétrica, a elaboração do plano de outorgas, definição de diretrizes e promoção das licitações e a celebração dos contratos de concessão, de permissão e emissão dos atos autorizativos. Para os usuários, destaca-se a responsabilidade pela representação de irregularidades na prestação e o direito à obtenção e utilização do serviço com liberdade de escolha entre prestadores, quando for o caso.

⁵A Lei 9.427, de 1996, entre outras coisas, estabeleceu que o poder concedente ouvirá a ANEEL, quando do exercício da incumbência de extinguir concessão.

Para a solenidade do contrato de concessão, há vasto dispositivo que elenca os itens essenciais a serem observados.⁶ Alguns elementos desse rol são irresolutos e carecem de detalhamento infralegal para sua aplicação objetiva, pois a lei, para alguns assuntos, tão somente determina que o contrato estabeleça parâmetros quanto à forma, condições ou critérios como, por exemplo, quando se refere à qualidade do serviço.⁷ Tal abertura favorece o exercício da bilateralidade e o ajustamento dos termos contratuais em consonância com o caso concreto, ou seja, da delegação em específico.

Os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica vigentes no ano de 2014 perfazem um total de 64 (sessenta e quatro), que foram firmados com 61 concessionárias, entre os anos de 1995 e 2002 (ANEEL, 2014).

À exceção da concessionária Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG-D), que figura como contratada em quatro contratos de concessão distintos de distribuição de energia elétrica, os demais contratos têm, cada qual, uma concessionária distinta por área concedida.

Entre as 61 (sessenta e uma) pessoas jurídicas contratadas, 59 (cinquenta e nove) são sociedades empresárias, sendo 52 (cinquenta e duas) revestidas do tipo societário anônima e 7 (sete) limitada, 1 (um) departamento municipal (Prefeitura), o Departamento Municipal de Energia de Ijuí/RS, e 1 (uma) sociedade simples, a Cooperativa Aliança (Cooperaliança), que dentre as concessões vigentes foi a última delegada, no ano de 2002.

Embora seja a única concessionária cooperativa no setor elétrico, existem outras cooperativas distribuidoras de energia elétrica contratualmente recepcionadas pelo Poder Concedente na qualidade de permissionárias de

⁶O art. 23 da Lei 8.987, de 1995, elenca como necessário que o contrato contenha: o objeto, à área e o prazo da concessão; modo, forma e condições de prestação do serviço; os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; os casos de extinção da concessão; os bens reversíveis; os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; as condições para prorrogação do contrato; a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais.

⁷O detalhamento dos elementos contratuais acaba sintetizado na minuta de contrato de concessão que é, conforme inciso XIV, art. 18 da Lei 8.987, de 1995, obrigatoriamente publicado junto ao edital de licitação.

serviço público de distribuição de energia elétrica, mediante o devido contrato de adesão. Historicamente estas distribuidoras são fruto da falha de universalização dos serviços em determinadas áreas de concessão de natureza rural, que sofreram processo de regularização setorial, culminando nas permissões mencionadas. Tais contratos, bem como o da Cooperaliança, não serão examinados no âmbito deste artigo, por existirem peculiaridades societárias das cooperativas em relação ao tema controle societário.

Volvendo ao conjunto das 61 (sessenta e uma) concessionárias contratadas, a este se adicionam duas áreas de concessão cujos serviços são prestados pela Companhia de Eletricidade do Amapá (CEA) e pela Companhia Energética de Roraima (CERR), embora não haja contratos firmados com estes agentes setoriais.

Diante desse cenário, existem atualmente 66 concessões para 63 concessionárias de distribuição, que oferecem um conjunto de 64 contratos para 61 concessionárias, cujos contratos firmados em um intervalo de 8 anos se desdobraram em 191 termos aditivos, totalizando um universo de 255 contratos passíveis de investigação.

Esse universo contratual tem dado cobertura ao atendimento de consumidores no Brasil: pessoas naturais e jurídicas que somadas corresponderam a 74,6 milhões de usuários do serviço público no ano de 2013. Desse universo social, busca-se investigar os contratos que, em conjunto, atendem, no mínimo, a maioria dos usuários, ponderando-se, também, a quantidade de consumo realizado.

Para tanto, se elegeu como critério a seleção dos contratos referentes às maiores concessionárias de distribuição de energia elétrica em número de usuários atendidos e, cumulativamente, de consumo realizado no ano de 2013, até formar um conjunto de, no mínimo, 50% do total de consumidores atendidos e de consumo realizado no período.

Aplicando-se a fórmula, chegou-se à seleção de 10 concessionárias: CEMIG Distribuição S.A. (CEMIG-D); Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. (AES Eletropaulo); Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia (COELBA); COPEL Distribuição S.A. (COPEL-DIS); Light Serviços de Eletricidade S.A. (LIGHT); Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL Paulista); Companhia Energética de Pernambuco (CELPE); Companhia Energética do Ceará (COELCE); CELG Distribuição S.A. (CELG-D); e CELESC Distribuição S.A. (CELESC-D).

Este conjunto de concessionárias cobrem com o serviço público de distribuição de energia elétrica pouco mais de 58% dos consumidores atendidos e, igualmente, aproximados 58% do consumo de energia elétrica no Brasil no ano de 2013. Isto corresponde a 43,6 milhões de consumidores atendidos e 193,6 mil GWh de energia consumida.

O gráfico a seguir identifica a participação percentual arredondada de tais agentes face ao total do mercado de consumidores no período examinado.

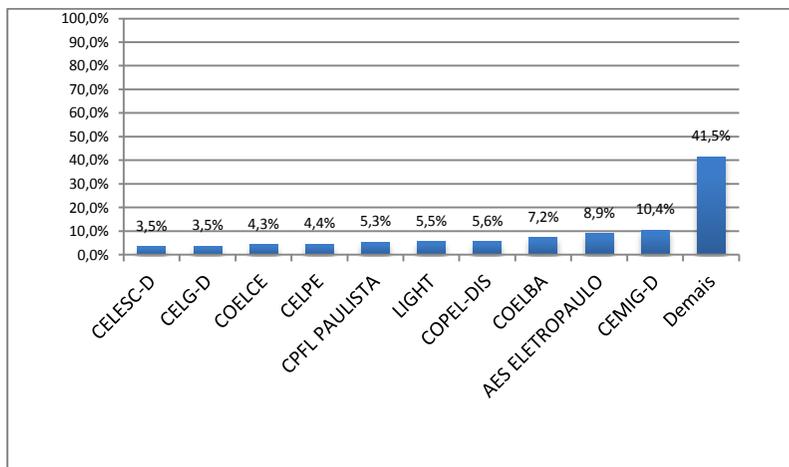


Gráfico 1 - Participação por concessionárias sobre o total de consumidores no ano de 2013.

Fonte: Elaboração do autor com base nos dados disponíveis no site da ABRADÉE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica.

As 10 delegatárias detêm, em conjunto, 13 contratos de concessão, isto representa 20% do total dos 64 contratos. No gráfico, a seguir, são comparados, ano a ano, os contratos selecionados para a investigação face à totalidade dos contratos originais, firmados entre os anos de 1995 a 2002:

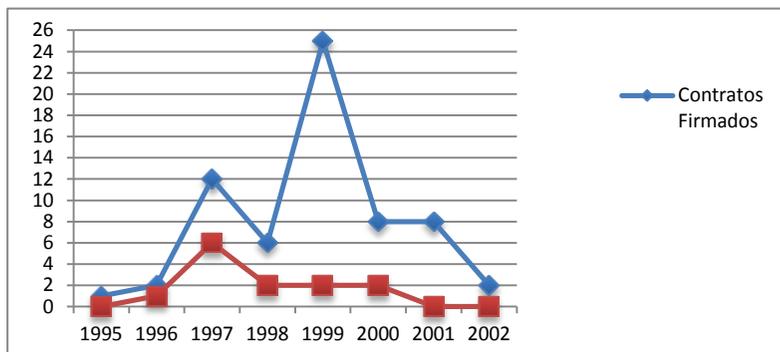


Gráfico 2 - Comparativo entre Contratos Firmados e Analisados. Fonte: Elaboração do autor com base nos dados disponíveis no site da ANEEL

À exceção da região Norte, as concessionárias selecionadas encontram-se distribuídas pelas demais regiões brasileiras da seguinte forma: quatro concessionárias na região Sudeste; três na região Nordeste; duas na região Sul e; uma na região Centro-Oeste.

Quanto ao órgão de origem dos contratos, isto é, do contratante das concessões em nome do poder concedente, o extinto Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica figurou em 7 contratos firmados, no intervalo de três anos que antecederam a criação da ANEEL, ocorrida com edição da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e sua constituição pelo Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997, a partir de quando a Agência passou a participar das contratações e aditivos, figurando em 6 dos contratos originais analisados, em um intervalo de cinco anos.⁸

Quanto ao objeto, a maioria dos contratos trata exclusivamente da delegação do serviço público de distribuição (D), enquanto 2/13, especificamente o da Light, de 1996 – mais antigo da série – e o da Coelba, do ano de 1997, delegam cumulativamente atividades de geração, transmissão e distribuição de energia (GTD). Trata-se de um fator contratual empresarial relevante, como se verá com maior detalhe na próxima seção, pois a obrigação legal de segregação das atividades de distribuição em relação a outras atividades empresariais e a desverticalização societária neste segmento foram intervenções regulatórias supervenientes ao primeiro período concessório após o ano de 1995.

Sobre os prazos de concessão, destaca-se o término, até o ano de 2017, de 62,5% dos 64 contratos de concessão de distribuição vigentes, isto é, 40 contratos, cujo prazo de encerramento, em sua esmagadora maioria, se dará no ano de 2015. Neste conjunto, destacam-se 7 (sete) contratos examinados – da Celesc-D, Celg-D e Copel-Dis, ambos a findar no ano de 2015, e da Cemig-D, a

⁸A ANEEL foi instituída pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que também disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Após criada, a Agência foi constituída pelo Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997, que também aprova o seu quadro de pessoal e sua estrutura regimental, a qual, mais tarde, foi detalhada pelo Regimento Interno aprovado pela Portaria nº 349, de 28 de novembro de 1997, do Ministério de Minas e Energia. Do vasto rol de competências da ANEEL, além da regulação e fiscalização permanente dos serviços concedidos, permitidos e autorizados, constam a implementação das políticas e diretrizes do governo federal, a solução de divergências entre o poder concedente, os fornecedores e os consumidores, o estabelecimento de tarifas e receitas, a fixação de multas, o estabelecimento de metas de universalização do serviço, a promoção e defesa da concorrência em articulação com o órgão competente, a articulação com o regulador de combustíveis fósseis para tratar de valores de insumos para a geração de energia elétrica e a gestão dos contratos de concessão e de permissão, que pode ser compartilhada mediante convênio com órgãos estaduais. A Lei também delegou à ANEEL os encargos do poder concedente constantes da Lei 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências; especificamente quanto à aplicação de penalidades às delegatárias, a intervenção na prestação do serviço, a homologação de reajuste e revisão tarifária, o cumprimento e exigibilidade das disposições contratuais e regulamentares, a qualidade do serviço, a apuração de reclamações dos usuários, o incentivo à competitividade e os poderes de fiscalização.

findar em 2016 – que juntos atenderam quase 23% do total de consumidores em 2013, o que realça a relevância, a oportunidade e a premência de reestudo das cláusulas contratuais ora vigentes.

Os 13 contratos originais foram, em conjunto, alvo de 39 termos aditivos.

No quadro abaixo, são detalhados os elementos dos 13 contratos de concessão selecionados para avaliação normativa:

Empresa	UF	Origem-Número/Ano	Prazo	Objeto	Aditivo
AES Eletropaulo	SP	ANEEL-162/1998	2028	D	2
CELESC-D	SC	ANEEL-056/1999	2015	D	3
CELG-D	GO	ANEEL-063/2000	2015	D	3
CELPE	PE	ANEEL-026/2000	2031	D	4
CEMIG-D	M G	DNAEE-002/1997	2016	D	3
		DNAEE-003/1997	2016	D	3
		DNAEE-004/1997	2016	D	3
		DNAEE-005/1997	2016	D	3
COELBA	BA	DNAEE-010/1997	2027	GTD	4
COELCE	CE	ANEEL-001/1998	2028	D	3
COPEL-DIS	PR	ANEEL-046/1999	2015	D	3
CPFL Paulista	SP	DNAEE-014/1997	2027	D	3
LIGHT	RJ	DNAEE-001/1996	2026	GTD	2

Tabela 1 - Contratos de Concessão Investigados.

Fonte: Elaboração do autor com base nos dados disponíveis no site da ANEEL

Reflexividade Aplicada às Disposições Contratuais

A aplicação da reflexividade, nesta pesquisa, tem caráter analítico de seleção e avaliação normativa das disposições contratuais acerca da intervenção do controlador societário nas concessões de distribuição de energia elétrica e busca-se, como consequência operacional desta aplicação, a descoberta de possíveis aprimoramentos e inovações capazes de robustecer a efetividade regulatória das disposições contratuais.

Considera-se, de antemão, funcionalmente diferenciada a sociedade examinada, sendo que a análise tem como foco os subsistemas autopoieticos do direito (atos jurídicos) e da organização empresarial (atos de decisão da empresa e do grupo societário).

A análise está organizada em partes que se intercomunicam. As inovações propostas são apresentadas oportunamente no decorrer dos assuntos tratados. O exame parte da ratificação do efeito do instituto do contrato como solução para comunicações intersistêmicas, seguido dos efeitos sistêmicos da

interveniência nos contratos investigados. Em terceiro lugar, são analisadas as cláusulas contratuais avençadas pelo controlador societário e, por fim, as cláusulas avençadas pelas concessionárias que afetam o interveniente.

Conforme tratado no primeiro capítulo, o contrato é uma comunicação que promove a interferência intersistêmica entre subsistemas autopoieticos, fazendo coincidir, em um mesmo ato, comunicações jurídicas e comunicações de outros subsistemas, que nesse caso são as ações empresariais.

Com base na disposição legal sobre a necessária solenidade contratual prevista no regime de serviço público, as partes que necessariamente devem fazer parte do contrato de concessão são o poder concedente, incluídos seus representantes outorgados, e a delegatária, uma pessoa jurídica detentora de capacidade para contratar. O plano dessa interferência intersistêmica se restringiria, inicialmente, a tais atores.

Via de regra, a Lei 8.987, de 1995, não estabeleceu como se daria a participação contratual do controlador societário da concessionária, nem lhe determinou encargos e obrigações, contudo prescreveu a necessidade de prévia anuência do poder concedente para a operação de transferência de controle societário da concessionária, fato que obviamente afeta o interesse do sócio controlador.⁹ Transcendendo o cenário legal, a totalidade dos contratos investigados tem como parte integrante o controlador societário da concessionária, figurando na qualidade de interveniente contratual.

A natureza do investimento promovido na concessionária – público ou privado – define a natureza do próprio controlador societário. Como, no setor elétrico, a iniciativa privada ladeia a iniciativa pública, subsistem controladores públicos e privados. No caso de estatais estaduais, o respectivo Estado é, no topo da cadeia societária, o controlador da concessionária.

Ademais, no setor elétrico, existem concessionárias de distribuição sob investimento e controle societário indireto público federal, como por exemplo, a Companhia Energética do Piauí (CEPISA), sociedade anônima de economia mista controlada pela *holding* Eletrobrás.¹⁰ Em tais casos, a interveniência contratual, no limite, é de um controlador societário que, no topo da cadeia societária, se confundirá com a própria União.

Na tabela a seguir, listam-se os controladores societários constantes dos termos aditivos mais recentes firmados pelas concessionárias, acompanhados da natureza do investimento.

⁹Para SIQUEIRA (2004, p. 64) “A transferência de controle é a operação que resulta na efetiva substituição do poder de dominação da sociedade. É quando esse poder muda, efetivamente, de mãos, por qualquer forma ou meio oneroso (...)”

¹⁰Informações disponíveis no Portal da Eletrobras, disponível em <<http://www.eletrobras.com>>.

Concessionária	Controlador Societário	Natureza do Investimento
AES ELETROPAULO	AES ELPA S.A.	Privado
CELESC-D	Estado de Santa Catarina	Público Estadual
CELG-D	Companhia Celg de Participações - CELGP Estado de Goiás	Público Estadual
CELPE	Neoenergia S.A.	Privado
CEMIG-D	Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG	Público Estadual
COELBA	Neoenergia S.A.	Privado
COELCE	Investluz S.A.	Privado
COPEL-DIS	Companhia Paranaense de Energia – COPEL	Público Estadual
CPFL PAULISTA	CPFL Energia S.A.	Privado
LIGHT	Light S.A.	Privado

Tabela 2 - Controlador Societário Interveniente na Contratação

Fonte: Elaboração do Autor com dados disponíveis nos sites da ANEEL e da ABRADÉE.

Note-se que, pelo fato de esta participação do controlador não decorrer de expressa obrigatoriedade da lei de regência dos serviços públicos, ela promove um acoplamento estrutural de origem não legal. Verificando-se sua utilidade ou necessidade para o alcance do objeto contratado, tal ocorrência pode vir a redundar em nova comunicação, por meio da qual o legislador possa torná-la legalmente obrigatória, assegurando a ocorrência desta articulação para todas as contratações de serviço público com sociedades empresárias.

Dita participação contratual amplifica a interferência intersistêmica que ocorreria com a mera contratação entre concedente e concessionária, pois introduz nova ponte e estabelece um nódulo de comunicação pela organização. Ela faz surgir um acoplamento estrutural de natureza contratual entre os sistemas em que respectiva e simultaneamente atuam o concedente, o regulador, o controlador e sua concessionária controlada.

Também representa a inserção de novas dimensões comunicativas para o contrato: a ratificação irrestrita do controlador societário perante as obrigações contraídas por sua controlada; as obrigações contraídas pelo próprio controlador societário em prol do objeto contratado; e a ratificação do controlador acerca de obrigações contraídas pela concessionária e que dizem respeito a seu próprio papel de controlador.

Tais dimensões são valiosas ao contratante uma vez que o controlador societário é, sobretudo, o detentor de poder de controle da sociedade; um poder

de imposição de vontade aos atos da sociedade; um poder de dominação da sociedade.¹¹ No exercício deste papel, no seio do grupo societário, é que a participação do acionista controlador enquanto interveniente do contrato de concessão pode redundar na efetivação das ações empresariais comunicadas no contrato de concessão.¹² Como todas as concessionárias examinadas, bem como a maioria das concessionárias de distribuição, são sociedades anônimas, elas estão sob a égide do conceito de acionista controlador estabelecido na Lei 6.404, de 1976, referindo-se a quem detém direitos de sócio que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria de votos na assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, usando este poder para dirigir a sociedade e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Em que pese estas observações, a comunicação pela organização entre controlador e controlada também demanda uma interferência intersistêmica própria para superar as realidades autopoieticas de entidades autônomas que, ao mesmo tempo, são sociedades coligadas.

Quanto ao levantamento de dados, junto ao conjunto dos contratos selecionados, foram identificados os temas considerados mais atinentes às ações empresariais. Ali constam matérias que, direta ou indiretamente, se relacionam com o controlador societário, quer em razão de sua interveniência contratual, quer em razão de seu papel de controle dos atos das sociedades controladas.

O resultado é um elenco composto, com os itens, a saber: compromissos contratualmente assumidos pelo interveniente; a disciplina sobre exploração de atividades concorrentes, acessórias ou complementares; as regras sobre operações societárias de reestruturação, alterações estatutárias, mudança de controlador societário e contratações com partes relacionadas; além da disciplina sobre gestão do negócio; e sobre a sistemática contratual de recepção de novas normas emanadas pelo regulador.

¹¹“(…) o controle é, pois, a prerrogativa possuída pelo titular de um poder superior de impor suas decisões sobre o titular de um poder inferior.” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 30).

¹²Vide o art. 116 da Lei 6.404, de 1976: “Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

Diante desse substrato, foram apuradas as convergências e divergências de tratamento de cada um dos assuntos mapeados, entre os 13 contratos examinados das 10 concessionárias. Na totalidade dos contratos examinados, os controladores societários se obrigam à ampla sujeição aos termos do contrato, à obrigação de fazer constar no estatuto da concessionária a necessidade de prévia anuência da ANEEL no caso de transferência de controle societário, e a obrigação de, em eventual transferência de controle, formalizar termo aditivo com a participação de novos controladores que deverão anuir com o contrato e se submeter às suas cláusulas. Entretanto, em apenas um dos contratos das dez concessionárias, o controlador societário obrigou-se diretamente a submeter à prévia anuência do poder concedente a transferência de controle societário da concessionária, obrigação que se verificou mais dirigida às concessionárias.

Por fim, nos contratos de três das dez concessionárias, o controlador se compromissou a desverticalizar e segregar as atividades da concessionária.

No quadro abaixo, são detalhados os compromissos do controlador e a quantidade de delegatárias sujeitas à respectiva obrigação contratual:

Assunto e Delegatária(s) Sujeita(s)/Quantidade de Delegatárias Sujeitas	
1. Compromissos do controlador societário quanto ao contrato de concessão:	
Declara aceitar e submeter-se às condições e cláusulas do contrato; Todas as Concessionárias.	10
Obriga-se a fazer constar no estatuto da concessionária a necessidade de prévia anuência da ANEEL no caso de transferência de controle societário. Todas as Concessionárias.	10
Condiciona a transferência de controle societário à obrigação de assinatura de termo aditivo pelos novos controladores anuindo e se submetendo às cláusulas do contrato. Todas as Concessionárias.	10
2. Compromisso do Controlador (Prévia Anuência de Transferência de Controle):	
Obriga-se a submeter à prévia anuência qualquer alteração estatutária que implique transferência ou mudança do controle societário da concessionária; Compromisso de não efetuar registros nos livros sociais da concessionária que importe cessão, transferência ou oneração de controlador sem a prévia anuência da ANEEL; AES Eletropaulo (1998)	1
Silente. LIGHT (1996), CEMIG-D (1997), COELBA (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998), COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000)	9
3. Compromisso do controlador de desverticalizar a concessionária e segregar as atividades empresariais exploradas pela Concessionária:	
Obriga-se a desverticalizar e segregar as atividades, comprometendo-se a organizar e administrar separadamente GTD, promovendo a separação contábil, gestão em separado dos ativos, reorganização com criação de empresas juridicamente independentes para explorar os serviços; CEMIG-D (1997), COELBA (1997), CPFL Paulista (1997)	3
Silente. LIGHT (1996), COELCE (1998), AES Eletropaulo (1998), COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000)	7

Tabela 3 - Compromissos Assumidos pelos Controladores Societários das 10 Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica Analisadas

Fonte: Elaboração do Autor com base nos Contratos de Concessão Analisados

A ampla concordância do controlador com as cláusulas do contrato pode influir no atendimento contratual pela concessionária, dado o efetivo exercício de seu papel na direção desta, com o uso de seu poder na imposição de vontade aos atos da concessionária controlada. Por isso, de fato é um reforço do liame comunicativo entre as pretensões contratadas entre a concessionária e o concedente. Entretanto, o sucesso de tal influência também depende das interferências intersistêmicas e da comunicação no universo do próprio grupo societário.

Um descumprimento contratual, por exemplo, leva à punição da concessionária, o que repercute pecuniariamente no resultado econômico da concessionária e, assim, nos dividendos a serem percebidos pelo próprio controlador, sendo provável que este busque influenciar a concessionária no sentido de evitar tais descumprimentos de repercussão econômica, salvo se o descumprimento for economicamente mais vantajoso que a sanção estimada.

Entretanto, a mera declaração de concordância do controlador com as cláusulas não significa garantia ao cumprimento jurídico das cláusulas pela concessionária ou a efetiva disposição de ação dos controladores societários em prol do convencionado, configurando uma disposição demasiadamente flexível e indireta. Visando adensar a interferência intersistêmica, se poderia, a exemplo das disposições de encargos do concedente, do usuário e da concessionária, constituir-se uma seção específica no contrato a fim de se detalhar as obrigações efetivamente pretendidas do controlador.

Neste sentido, a prescrição contratual de garantias do controlador (solidárias ou subsidiárias) em favor de determinadas obrigações do concessionário, podem ser examinadas e edificadas, inclusive pautando-se pela observação econômica, posto que sua adoção pode acarretar em acréscimo de custos em razão do aumento e realocação de riscos envolvidos.

Outra possibilidade é estabelecer a responsabilidade do controlador pela capitalização da concessionária em limite de investimento esperados pelo poder concedente, tema que pode ter espaço nesta comunicação contratual, da mesma forma que a necessidade de aporte de recursos pelo novo controlador foi tratada no âmbito da normatização da ANEEL sobre transferência de controle societário.

O controlador, enquanto um mediador comunicativo na relação regulador/regulado, pode, entretanto, também representar um filtro das pretensões entre concessionária e concedente, fato que, como visto no capítulo anterior, pode acarretar em perda de informação ou de motivação.

Além disso, o controlador detém seus próprios interesses a resguardar frente ao grupo societário que controla, sendo certo que as projeções da regulação para o interior de suas organizações – em especial no caso da concessionária – ou atentatórios a sua continuidade, teriam baixo sucesso de

serem respaldadas pelo controlador junto a sua controlada, num claro movimento de resistência sistêmica.

Projeções regulatórias no interior das empresas, em matéria de gestão, são impedidas na totalidade dos contratos examinados, pois todos eles estabelecem o direito de ampla liberdade de gestão da concessionária, embora tal disposição, por si só, não delimite o quanto de liberdade isso representa.

Para contornar-se esta indeterminação e aumentar a probabilidade de implantação, por exemplo, de exigibilidade regulatória de governança corporativa pelas concessionárias ou de estruturas de controle interno para obrigações de natureza regulatória, o contrato poderia prever estas obrigações de forma optativa e, ao mesmo tempo, associá-las a condições atrativas, como elevação da taxa de remuneração do investimento. Ou ainda, relacioná-las com um passe-livre para determinadas operações inicialmente sujeitas à prévia anuência do regulador e que, com a governança, controles internos, certificações ou auditorias, estariam estruturalmente asseguradas quanto à sua retidão e, portanto, passíveis de desburocratização.

Quanto à obrigação do controlador de fazer constar no estatuto da concessionária a necessidade de prévia anuência da ANEEL no caso de transferência de controle societário, trata-se de um claro impulso à auto-regulação por hetero-regulação, pois vincula o controlador e a concessionária para, no campo de suas decisões organizacionais internas – operada através de um ato dependente de decisão dos sócios – se obrigarem ao objeto estipulado.

Entretanto, a referência à prévia anuência da ANEEL para transferência de controle societário promove uma clara projeção regulatória rumo ao campo organizacional interno da concessionária, circunstância apontada, no primeiro capítulo, como causa de elevação de risco de insucesso regulatório. Esta cláusula também não foi condicionada ou relacionada com outros mecanismos de intervenção, principalmente de natureza coercitiva, caso não venha a ser implementada.

Da mesma forma, a disposição não prevê regulação opcional e nem foi associada a condições atrativas, como por exemplo, a concessão de certos privilégios ou benefícios pelo seu atendimento.

Quanto à obrigação de assinatura de termo aditivo pelos novos controladores, anuindo com o contrato e se submetendo a suas cláusulas, sua estipulação ilustra a circularidade jurídica, vez que detalha a operação prevista no art. 27 da Lei 8.987, de 1995, que estabelece que a transferência de controle depende de que o pretense controlador comprometa-se a cumprir o contrato em vigor.

A Lei 8.987, de 1995, estabelece de forma indireta a necessidade de prévia anuência da transferência de controle societário, pois estipula que, ocorrendo esta operação sem prévia anuência, o ato implicará caducidade da

concessão. Neste caso, uma disposição contratual ou o ajuste do texto legal de sorte a destinar a obrigação de forma clara e direta ao controlador, melhorará a comunicação intersistêmica. Isto porque eliminará o campo de filtragem da informação ora preenchido pelo delegatário – um obrigado intermédio – e, assim, a medida poderá reduzir a perda de informação e de motivação para atendimento da obrigação de sujeição à prévia anuência pelo próprio controlador, quem de fato é o responsável pela implementação da operação.

Mecanismos de reforço desta obrigação ao controlador, ainda que também indiretas, podem permanecer edificadas, a exemplo do que proporcionou a Lei 13.097, de 2015, ao incluir o art. 27-A na Lei 8.987, de 1995, segundo o qual, nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

Sob o argumento de que a faculdade da transferência de controle societário prevista na lei fere ao preceito constitucional de prévia licitação para a concessão, os mecanismos internos de variação do sistema jurídico foram acionados por ação de controle de constitucionalidade, ainda não julgada.¹³ Para mitigar esta questão, o contrato poderia, além de acusar a circunstância de instabilidade que perdura no Judiciário, comunicar um tratamento opcional e adaptável para comportar a circunstância do eventual julgamento procedente da ação, cujo impacto regulatório pode vir a ser de grande monta. Antes, porém, a análise do risco de sucesso jurídico da ação deveria ser realizada conjuntamente pelas partes, a fim de consubstanciar a pertinência da construção da cláusula.

Quanto à obrigação do controlador de submeter a transferência de controle societário da concessionária à prévia anuência do concedente, em somente um dos treze contratos analisados a obrigação foi destinada ao controlador (item 2, Tabela 3). A cláusula não prescreve nenhuma sanção em caso de descumprimento, o que reduz a efetividade regulatória de sua aplicação, quando analisada isoladamente. Além da expansão dessa previsão aos demais casos, um mecanismo de reforço poderia ser formulado para esta disposição, como, por exemplo, a instituição de uma declaração de inidoneidade, pela qual o controlador, caso venha a transferir o controle da concessionária sem prévia anuência da concedente, seria vedado a efetuar novas contratações de concessão de distribuição de energia elétrica com a administração pública.

¹³Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946, de 2003, no STF.

As cláusulas que trataram do compromisso do controlador de desverticalizar e segregar as atividades de distribuição (item 3, Tabela 3), foram plenamente afetadas pela legislação setorial no decorrer deste período concessório, devendo ser integralmente revistas.

Para as distribuidoras de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional, que é o caso das 10 concessionárias examinadas, o desempenho de outras atividades empresariais foi drasticamente restringido por lei com o objetivo de eliminar a contaminação de custos tarifários e riscos empresariais. Assim, a Lei 10.848, de 2004, vedou que tais sociedades desenvolvessem quaisquer atividades estranhas ao objeto de sua delegação, inclusive a atividade de geração ou de transmissão de energia, além de participar em outras sociedades, exceto nos casos previstos em lei ou no contrato de concessão. Quando editada a Lei 10.848, diversas distribuidoras foram obrigadas a proceder, em prazo nela estabelecido, sua desverticalização societária e a segregação de atividades, o que obrigou cisões, fusões, incorporações e extinções societárias no setor. Como exceção, permitiu-se às distribuidoras acumular as atividades de geração e transmissão no atendimento de sistemas isolados, geração em quantidade diminuta para atendimento de mercado próprio e captação, aplicação e empréstimos de recursos, desde que aplicados no âmbito do serviço público.

Quanto aos direitos e obrigações que foram destinadas contratualmente à concessionária e que ao mesmo tempo estão relacionadas com o controlador, o levantamento apontou 10 temas, apresentados no quadro a seguir.

Assunto e Delegatária(s) Sujeita(s)/Quantidade de Delegatárias Sujeitas	
1. Transferência de controle societário:	
Obrigação de submeter à anuência prévia da Concedente a transferência quando por meio de alteração estatutária CEMIG-D (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998).	1
Obrigação de submeter à anuência prévia da Concedente a transferência quando por meio de transferência de ações do controlador societário. CELG-D (2000).	3
Obrigação de submeter à anuência prévia da Concedente a transferência quando por meio de qualquer operação. COELBA (1997), AES Eletropaulo (1998), COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000).	5
Contrato silente. LIGHT (1996)	1
2. Registro de transferência de controle societário em livros sociais:	
Compromisso de não efetuar registros nos livros sociais que importem cessão, transferência ou oneração de controlador sem a prévia anuência da Concedente. CEMIG-D (1997), AES Eletropaulo (1998), COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000).	6
Silente. LIGHT (1996), COELBA (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998).	4
3. Direito de ampla liberdade de gestão do negócio. TODAS.	10
4. Aplicação contratual automática de novas normas editadas pela Concedente. TODAS.	10
5. Alteração estatutária:	
Obrigação de submeter à prévia anuência da Concedente qualquer alteração	4

estatutária que implique transferência ou mudança do controle societário. CEMIG-D (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998), AES Eletropaulo (1998).	
Obrigações de submeter à prévia anuência da Concedente qualquer alteração estatutária; COELBA (1997), COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000).	5
Contrato silente. LIGHT (1996).	1
6. Reestruturação societária:	
Obrigações de submeter à prévia anuência da Concedente. COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000)	4
Contrato Silente. LIGHT (1996), CEMIG-D (1997), COELBA (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998), AES Eletropaulo (1998).	6
7. Contratos com partes relacionadas:	
Obrigações de submeter ao exame e aprovação da Concedente os contratos a firmar com controladores, controladas e coligadas e controladas e coligadas de controlador comum, segundo hipóteses e condições regulamentares; e contratos com pessoas físicas e jurídicas vinculadas a controlador comum da concessionária; contratos com pessoas físicas e jurídicas vinculadas a empresas que tenham diretores ou administradores comuns da concessionária. TODOS.	10
8. Exploração de outras atividades empresariais estranhas ao objeto delegado:	
Vedada, salvo associadas ao objeto da concessão e desde que aprovadas pela concedente. Receitas auferidas devem contribuir para a modicidade tarifária. Obrigação de contabilizar em separado. LIGHT (1996).	1
Possível após prévia aprovação da Concedente. Receitas auferidas devem beneficiar parcialmente à modicidade tarifária. Obrigação de contabilizar em separado. CEMIG-D (1997).	1
Possível após prévia comunicação à Concedente. Receitas auferidas devem beneficiar a modicidade tarifária. Obrigação de contabilizar em separado; COELBA (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998), AES Eletropaulo (1998).	4
Possível nos termos e condições de regulamentação própria. Depende de prévia anuência até regulamentar-se a matéria. Receitas auferidas devem beneficiar parcialmente à modicidade tarifária. Obrigação de contabilizar em separado ou constituir empresa juridicamente independente para exploração da atividade. COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000).	4
9. Exploração concomitante de atividades de geração, transmissão, distribuição:	
Obrigações de contabilizar em separado; LIGHT (1996), COELBA (1997), CPFL Paulista (1997), COELCE (1998), AES Eletropaulo (1998).	5
Compromisso de organizar e administrar separadamente. Compromisso de constituir empresas juridicamente independentes. Obrigação de contabilização separada de custos e investimentos por atividade. COPEL-DIS (1999), CELESC-D (1999), CELPE (2000), CELG-D (2000).	4
Contrato Silente; CEMIG-D (1997).	1
10. Alternativa de desapropriação de ações do bloco de controle pela Concedente ao invés de declaração de caducidade da concessão. TODAS.	10

Tabela 4 - Disposições Contratuais Destinadas à Concessionária e Atinentes ao Controlador Societário

Fonte: Elaboração do Autor com base nos Contratos de Concessão Analisados

O estabelecimento às concessionárias de obrigação de requerer prévia anuência para transferência de controle societário foi bem mais representativo do que o estabelecimento da obrigação diretamente aos controladores. Enquanto apenas uma concessionária não tem prevista a obrigação, que se verificou estabelecida nos demais nove casos, para os controladores ocorreu o inverso: apenas um contrato estabelece esta obrigação ao interveniente. De qualquer sorte

a obrigação destinada à concessionária é contratualmente alcançada pela cláusula de compromisso na qual o interveniente declara aceitar e se submeter à totalidade das condições e cláusulas estabelecidas no contrato. Entretanto, permanece a questão sobre a falta de mecanismo de coerção direta ao controlador – ou estímulo – para o cumprimento da avença, que se dá indiretamente pela sanção aplicada à concessionária em caso de descumprimento.

Entre as concessionárias examinadas, a obrigação de prévia anuência à transferência de controle societário foi firmada com base em três condições contratuais distintas (item 1, Tabela 4), que perduraram concorrentemente vigentes até 2012, quando a normatização da matéria foi editada pelo regulador,¹⁴ uniformizando a obrigação para todas as concessionárias conforme anteriormente prescrito no contrato para a maioria dos casos: obrigação de submeter à anuência prévia da Concedente a transferência de controle quando por meio de qualquer operação.

Outra afetação do contrato se deu com a regra estabelecida sobre os níveis de controle societário da concessionária cuja transferência esteja sujeita à prévia anuência. A norma tornou obrigatória a submissão à prévia anuência tanto das transferências de controle direto quanto de nível indireto. Entretanto, à exceção do contrato da CELG-D no qual constam como intervenientes o controlador direto (CELGPAR) e o indireto (Estado de Goiás), em todos os demais contratos de concessão figura apenas um controlador da cadeia societária da concessionária que se submeteu, ao concordar com as demais cláusulas do contrato, a tal condição (Tabela 2).

Como as árvores societárias dos grupos podem ter controladores diretos, intermediários e indiretos, isso pode resultar em que a concessionária não detenha influência suficiente para assegurar que um determinado controlador, distanciado verticalmente de sua posição no diagrama societário, compreenda a necessidade de que a sua operação precisa ser previamente examinada pelo regulador da concessionária. Ademais, quanto mais esteja verticalizado acima no diagrama societário, maior a filtragem e perda desta informação para fins de sua efetividade regulatória.

Sob a ótica do contratante, isto talvez possa ser atenuado com a participação de mais de um nível de controle na interveniência do contrato de concessão. Outro caminho menos burocrático seria a exigência de uma

¹⁴A Resolução Normativa da ANEEL nº 484, de 17 de abril de 2012, estabelece os procedimentos a serem adotados pelas concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica para obtenção de anuência à transferência de controle societário.

declaração, em apartado, dos controladores de níveis mais altos na estrutura societária do grupo, declarando a ciência e concordância com certas partes dos termos contratuais.

Esse movimento de uniformização jurídica pós-contratual de disposições distintas, encontra respaldo na cláusula contratual prevista em todos os contratos examinados e que estabelece a aplicação automática de novas normas editadas pela concedente ou pelo regulador.

O contrabalanço sistêmico da força desta disposição vem da obrigação legal da ANEEL em submeter à audiência pública os processos decisórios que implicarem efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos, formando uma articulação estrutural, via este sistema de comunicação que favorece a multiplicação de observações entre os subsistemas.

No caso da normatização sobre transferência de controle societário, a norma editada pela ANEEL foi precedida de audiência pública, quando teve 69% das contribuições externas aceitas ou parcialmente acatadas.¹⁵ Porém, a abrangência sobre os níveis de controle societário foi um dos pontos polêmicos da normatização, ofertando sinais relevantes para uma observação sistêmica mútua, indicando possível resistência na sua adoção no seio do grupo societário e, portanto, apontando a necessidade de adoção de mecanismos de reforço regulatório, inclusive em sede contratual, como as sugestões anteriormente propostas.

A alteração de disposições contratadas por força de normas supervenientes ao contrato original ocorreu não só sobre os temas de transferência de controle e de desverticalização/segregação de atividades econômicas, já comentados, como também sobre a exploração de outras atividades empresariais estranhas ao objeto delegado;¹⁶ exploração concomitante

¹⁵Processo ANEEL nº 48500.000097/2005-51. Assunto: Estabelecer procedimento para realização de alterações de atos constitutivos, promovidas pelos agentes de prestação do serviço público de energia elétrica. Documento Público. Disponível *in loco* na Agência Nacional de Energia Elétrica. Acesso em 2014.

¹⁶Para tratar das atividades acessórias e complementares, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 581, de 11 de outubro de 2013, que estabelece os procedimentos e as condições para a prestação de atividades acessórias, para o fornecimento de energia elétrica temporária com desconto na tarifa e para a exportação de energia elétrica para pequenos mercados em regiões de fronteira pelas concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

de atividades de geração, transmissão, distribuição; alterações estatutárias;¹⁷ reestruturação societária¹⁸ e contratos entre partes relacionadas.¹⁹

No decorrer dos anos de regulação que se passaram desde a criação da ANEEL, as normas foram sendo editadas e provocaram, além da uniformização de diversos tratamentos distintos contratados, a perda de validade das obrigações contratuais divergentes à nova normatização.

Entretanto, os novos tratamentos não foram expressamente atualizados pelos termos aditivos que acabaram por ratificar disposições não mais aplicáveis. Assim, disposições contratuais originais que se tornaram divergentes, geraram contradição entre informação contratual e regulamentar e, assim, reduziram o potencial de interferência intersistêmica contratual. A interferência poderia ser reafirmada com a consolidação e atualização dos aditivos contratuais, o que não ocorreu, provocando a perda de informação, dadas as percepções distintas entre validade jurídica (legal/ilegal) e validade social.

Para todos estes casos, as cláusulas devem ser profundamente revistas quanto à continuidade de sua pertinência e de sua validade jurídica, para que sejam ajustadas aos termos dos regulamentos vigentes. Exemplo dessa necessidade se dá quanto à obrigação de anuência prévia para os contratos firmados pelas concessionárias com pessoas físicas vinculadas a partes relacionadas da distribuidora. Enquanto a norma vigente sobre contratos entre partes relacionadas se restringe a tratar de contratações com pessoas jurídicas coligadas, em respeito à competência dada a ANEEL na Lei 9.427, de 1996, esta mesma norma revogou norma anterior que abrangia as contratações com pessoas físicas, tutela prevista na totalidade dos contratos analisados.²⁰ Com efeito, a

¹⁷A Resolução Normativa nº 149, de 28 de fevereiro de 2005, estabelece os procedimentos para solicitação de anuência, pelos agentes prestadores de serviço de energia elétrica, para alteração de atos constitutivos, e indica os casos previamente autorizados.

¹⁸Para Muniz e Branco (2007, p. 13) as reorganizações societárias compreendem fusões, incorporações, formações de grupo e acordos. Quanto às operações de cisão, incorporação e cisão, estes autores entendem (2007, p. 58) que se tratam de processos de sucessão por meio do qual uma pessoa jurídica transfere para outra um conjunto de direitos e obrigações, de forma que sem solução de continuidade, a outra pessoa absorve o acervo líquido transferido e o destina a uma atividade empresarial.

¹⁹A Resolução Normativa da ANEEL nº 334, de 21 de outubro de 2008, regulamenta o art. 3º, inciso XIII, da Lei 9.427 de 26.12.1996, o qual trata dos controles prévio e a *posteriori*, sobre atos e negócios jurídicos entre as concessionárias, permissionárias e autorizadas e suas partes relacionadas.

²⁰A norma revogada pela REN nº 334, de 2008, foi a Resolução ANEEL nº 22, de 4 de fevereiro de 1999, que estabelece as condições para Transferência de Tecnologia, Assistência Técnica e Prestação de Serviços de forma contínua e regular, entre agentes do setor de energia elétrica e integrantes do seu grupo controlador.

normatização expõe a disposição contratual a uma interpretação dúbia quanto a sua validade jurídica, dificultando sua compreensão para fins da ação empresarial. Dado que o sistema de comunicação é articulado pelo contrato, novas informações que o afetam, geram necessidade de novas interferências instersistêmicas para a garantia da efetividade regulatória.

Os 39 termos aditivos analisados promoveram, preponderantemente, alterações sobre procedimentos de cálculo de reajustes tarifários, sobre tarifas aplicáveis na prestação do serviço delegado e formalizações de operações tuteladas pelo poder concedente. Cada aditivo firmado também contém dispositivo ratificando a validade de cláusulas que não foram expressamente modificadas pelo respectivo aditivo.

No campo das operações tuteladas, à exceção do conjunto de termos aditivos da AES Eletropaulo, os demais conjuntos das outras nove concessionárias apresentam determinada(s) cláusulas de interesse ou relacionadas com o controlador societário, ao tratar de operações de transferência de concessão, de transferência de controle societário, de segregação de atividades da distribuidora, de desverticalização societária da distribuidora ou de reestruturações societárias da concessionária, inclusive envolvendo o controlador societário, a exemplo de uma incorporação do controlador direto pela própria concessionária.

Tais aditivos, usados na implementação de determinada operação perante o poder concedente, acabam por não alterar o conteúdo da regra obrigacional prevista no contrato, como, por exemplo, a obrigação do concessionário de submeter à prévia anuência do poder concedente eventual transferência de seu controle societário. Em ocorrendo a operação, procede-se à formalização de um aditivo contratual, que envolve a concessionária, o antigo e o novo controlador societário, mas que não altera o conteúdo daquela norma de sujeição.

O conjunto de disposições contratuais relacionadas com o interveniente controlador societário foi, de fato, encontrado de forma considerável nos contratos originais, cujas cláusulas foram ratificadas pelos respectivos aditivos.

Sobre o exame das cláusulas quanto ao seu reforço por mecanismos de coerção – para maior efetividade regulatória das obrigações contratuais – verificou-se que a norma da ANEEL que disciplina o processo punitivo prevê expressamente sanções para todas as obrigações da concessionária previstas na Tabela 4.²¹

²¹A Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela

À exceção de descumprimentos sobre desempenho de atividades empresariais acessórias, cuja multa pode atingir até 1% do faturamento, para os demais casos a multa pode atingir até 2% (operações sem anuência prévia de transferência de controle societário, alterações estatutárias, reestruturações societárias e contratos entre partes relacionadas; questões sobre atividades não objeto da concessão, segregação e desverticalização).

Merece destaque a flexibilização da disposição da Lei 8.987, de 1995, que estabelece literalmente que a transferência de controle societário implica caducidade da concessão, enquanto a norma regulatória estabelece multa para o descumprimento, contudo sem prejuízo de que resulte, com base na mesma norma, em caducidade da concessão.

Quanto à utilização contratual de políticas de opções jurídicas flexíveis e adaptáveis, na qual são oferecidas alternativas juridicamente válidas ao sistema regulado, a utilização de tal mecanismo foi identificada em 2 (dois) dentre os 10 assuntos mapeados na Tabela 4, item 8, que trata da exploração de outras atividades empresarias estranhas ao objeto delegado, e no item 10, que trata de declaração de caducidade da concessão.

No caso da cláusula sobre exploração de atividades estranhas ao objeto delegado, o plano de opção foi identificado em apenas quatro dos treze contratos, estabelecendo a possibilidade de a concessionária escolher entre contabilizar separadamente estas outras atividades ou constituir empresa juridicamente independente para tal. Esta disposição, da mesma forma do ocorrido com as cláusulas que trataram do compromisso do controlador de desverticalizar e segregar as atividades de distribuição, foi plenamente afetada pela legislação setorial que obrigou a desverticalização e segregação de atividades. Com efeito, o plano de opções previamente estipulado se tornou impraticável.

No caso da cláusula sobre caducidade, a disposição alternativa consta de 100% dos contratos analisados. Entretanto, a opção é de exercício do contratante (poder concedente), lhe sendo contratualmente reservado o direito de, ao invés de decretar a caducidade da concessão, poder alternativamente desapropriar as ações que consubstanciam o controle societário da concessionária, mediante indenização, ou restringir a área da concessão, ou ainda promover sua subconcessão.

Outro plano de opções jurídicas que afeta o interveniente, por tratar de alteração de controle societário em sede de intervenção administrativa da concessionária, foi recentemente implantado por lei. Trata-se de caso rico em observação intersistêmica, co-evolução e circularidade sistêmica.

gestão de recursos provenientes de encargos setoriais; Revoga a Resolução 318 de 06.10.1998.

Ocorre que, no ano de 2012, uma concessionária de distribuição de energia elétrica acionou a justiça – em termos reflexivos, um mecanismo de variação do subsistema jurídico –, buscando valer-se de recuperação judicial, matéria sensível, pois uma falência é caso de extinção da concessão, segundo a Lei 8.987, de 1995.

A decisão societária desencadeou uma série de atos comunicativos de ampla interferência em vários subsistemas. Pouco após o pedido e a intervenção judicial da concessionária, o regulador decretou a intervenção administrativa de todas as demais delegatárias do mesmo grupo societário daquela concessionária, de forma a afastar a gestão destas delegatárias e evitar a expansão intragrupo dos problemas econômico-financeiros apresentados.

Os agentes do sistema político reagiram em seguida, observando que o regime de recuperação judicial e extra-judicial deveria ser urgentemente afastado de sua aplicação às concessões de serviço público de energia elétrica:²²

“A urgência da medida se justifica em face de situação excepcional. O setor elétrico enfrenta, atualmente, a situação de apresentar concessionária sob intervenção judicial, em eminência de ter sua falência decretada, tornando-se urgente disciplinar o que cabe ao poder concedente fazer imediatamente após a eventual consumação desse fato. Além disso, para evitar que outra situação semelhante volte a ocorrer, torna-se premente afastar os regimes de recuperação judicial e extra-judicial das concessionárias e permissionárias de serviço público de eletricidade, pois entende-se como mais adequado às especificidades dessas concessões e permissões que essa recuperação se dê sob o regime da intervenção que, deste modo, buscou-se robustecer.” (BRASIL, 2012)

Por fim, o objetivo foi prontamente implementado por meio da legislação, que além de afastar tal regime do serviço público do setor de energia elétrica – ressalvada a possibilidade de sua incidência após a extinção da concessão – robusteceu o instituto da intervenção administrativa, facultando ao poder concedente, no caso de insucesso de recuperação da concessionária no âmbito administrativo, a adotar como medidas, entre um plano de opções: a) declarar caducidade; b) transferir o controle da concessionária; c) aumentar seu capital social; d) reestruturar a sociedade; ou e) constituir sociedade para adjudicar os ativos do devedor. Nesse caso, o detalhamento contratual, ou normativo, das condições que levarão a uma ou outra escolha, favorecerá o

²² Conforme consta da Exposição de Motivos nº 00036/MME/AGU, de 29 de agosto de 2012, referente a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2016, que Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências. Convertida na Lei nº 12.767, de 2012.

ajuste, pelo sistema regulado, do plano de opções jurídicas flexíveis ofertado pela lei, além de determinar a observância futura das condições previamente estabelecidas.

Conclusão

Analisou-se, neste artigo, em qual medida a interveniência do controlador societário e as disposições inerentes previstas nos contratos analisados de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica se validam sob o ideário do direito reflexivo.

Foram analisados 13 contratos de concessão referentes às 10 maiores concessionárias de distribuição de energia, considerando-se a quantidade de consumidores e de consumo realizado no ano de 2013: CEMIG-D, AES Eletropaulo, COELBA, COPEL-DIS; LIGHT; CPFL Paulista; CELPE; COELCE; CELG-D; e CELESC-D. O conjunto examinado deteve, aproximadamente, 58% do mercado de consumidores e do consumo de energia em 2013, no Brasil.

Verificou-se que, na totalidade dos contratos analisados, o controlador societário figura como interveniente da contratação. Também, na totalidade dos contratos, o interveniente detém compromissos pessoalmente firmados, bem como referenda as obrigações contratuais assumidas por sua controlada (concessionária), inclusive aquelas cláusulas que lhe afetam. Entretanto, subsistem significativas divergências entre os contratos face às obrigações assumidas pelas 10 concessionárias, diferenças que restaram evidenciadas na apresentação dos dados no desenvolvimento do trabalho.

Procedeu-se à aplicação da reflexividade enquanto seleção normativa (contratos e suas disposições) e sua avaliação normativa. Considerando-se a sociedade examinada como funcionalmente diferenciada, a análise teve como foco os subsistemas autopoiéticos do direito (atos jurídicos) e da organização empresarial (atos de decisão da empresa e do grupo societário).

Confirmou-se a hipótese de que a interveniência do controlador societário no contrato de concessão se valida sob a ótica do direito reflexivo, pois conforma uma comunicação pela organização e amplifica a interferência intersistêmica.

Enquanto o contrato por si só constitui o acoplamento estrutural desta interferência, a participação do controlador societário – detentor de poder de imposição aos atos da sociedade – tende a tornar mais efetiva a ação empresarial avençada com a concessionária e multiplica as observações intersistêmicas, em especial, face: a) à ratificação irrestrita do controlador societário perante as obrigações contraídas por sua controlada; b) às obrigações contraídas pelo próprio controlador societário em prol do objeto contratado; e c) à ratificação do

controlador acerca de obrigações contraídas pela concessionária e que dizem respeito a seu próprio papel de controlador.

Quanto ao exame das disposições contratuais adotadas, confirmou-se parcialmente a hipótese de que se restringiriam, quando muito, à lógica norma-sanção e de que não estimulariam induções nem apresentariam políticas de opções jurídicas. Entretanto, as ocorrências de outras medidas, salvo as de reforço coercitivo, são escassas.

De fato, a lógica norma-sanção foi utilizada como mecanismo de reforço comunicativo em todas as cláusulas que estipularam obrigações diretas às concessionárias, não se identificando, entretanto, sanções contratuais especificamente estipuladas para descumprimentos de encargos estabelecidos para o controlador.

Foi identificada apenas uma circunstância de estímulo de heteroregulação por auto-regulação dentre os compromissos contratuais do controlador no que se refere à obrigatoriedade de decisão empresarial para fazer constar no estatuto da concessionária a obrigação de que a transferência de controle societário desta depende de anuência do poder concedente. Entretanto, tratou-se de uma projeção de regulação rumo ao âmbito interno da organização, estratégia que segundo a teoria reduz o sucesso da ação regulatória, ademais pelo fato de a cláusula não ter sido detalhada quanto à forma de seu cumprimento, nem potencializada com o estabelecimento de condições atrativas, nem combinada com mecanismos de intervenção, em especial coercitivos.

Verificou-se que apenas na cláusula sobre forma empresarial da exploração de atividades estranhas ao objeto delegado, num total de quatro entre treze contratos examinados, há previsão de política de opção jurídica a ser exercida pela destinatária da regulação. Entretanto, a legislação setorial superveniente aos contratos firmados dispôs de forma distinta, reformando a disposição contratual e, com efeito, vedou a possibilidade de utilização das duas alternativas ali avençadas.

Ademais, outra regulação alternativa foi identificada na totalidade dos contratos examinados, entretanto a faculdade avençada se deu em favor do contratante, contemplando opções substitutivas à declaração de caducidade da concessão.

Não foram identificadas disposições associadas a condições atrativas, como, por exemplo, concessões de privilégios ou condicionamento de benefícios em razão de cumprimento de obrigações estipuladas.

Verificou-se que há perda de informação contratual e prejuízo à interferência intersistêmica quando das alterações das cláusulas originais em razão de normas supervenientes. As cláusulas contratuais não foram harmonizadas a determinadas legislações supervenientes, o que pode ser

realizado, por meio de consolidação contratual, na oportunidade de termos aditivos.

Portanto, apesar do relevante acoplamento estrutural ocasionado com a participação contratual do controlador societário, as cláusulas contratuais examinadas, em seu conjunto, contam com diminuta aplicação das propostas estratégicas de reflexividade, bem como escassa utilização de mecanismos de reforço para aumento de efetividade regulatória em suas aplicações, salvo previsões de sanção, podendo, então, serem robustecidas à luz do direito reflexivo.

Bibliografia

- BRANCO, Adriano Castello; e MUNIZ, Ian. *Fusões e Aquisições: Aspectos Fiscais e Societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo, SP: Dialética, 2003
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Transferência de Controle Acionário: Interpretação e Valor*. 1ª ed. Rio de Janeiro: FMF, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito Como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Normas e Julgados

- ABRADEE - Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica. Dados de Mercado do Setor de Distribuição. Disponíveis em <<http://abradee.org.br>>. Acesso em 2014.
- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. CEDOC – Centro de Documentação Biblioteca Virtual da ANEEL. Normas Organizacionais, Despachos e Resoluções disponíveis em <<http://biblioteca.aneel.gov.br>>. Acesso em 2014.

- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Informações Técnicas. Contratos de Concessão. disponíveis em <<http://www.aneel.gov.br/areaPerfil.cfm?idPerfil=2>>. Acesso em 2014.
- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Processos e Ofícios. Documentos públicos disponíveis *in loco* na sede da ANEEL. Acessos entre 2011 e 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Portal da Legislação do Governo Federal. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação>> Acesso em 2014.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 179, de 18 de outubro de 1990. Dispõe sobre o regime de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, previsto no artigo 175 da Constituição, e regula a concessão de obra pública. Disponível no Arquivo do Senado Federal. Acesso *in loco* em 08/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946: 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 2014.