

**AUTORIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PARA FUNCIONAMENTO DE
SOCIEDADES DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA: ANÁLISE DE SUA
INAPLICABILIDADE E A NECESSIDADE DE REVISÃO NORMATIVA.**

Acácio Alessandro Rêgo do Nascimento*

Graduado em Contabilidade e em Direito pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal - AEUDF, com especialização em Direito da Regulação pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - idp, é servidor público no cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia, da carreira de Regulação e Fiscalização de Recursos Energéticos.

Endereço: SGAN 603, módulo J, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Brasília/DF, CEP: 70830-110, Brasil, Tel:+55 (61) 2192 8600, Fax: +55 (61) 2192-8820, e-mail: acacio@aneel.gov.br

RESUMO

Analisa a incidência do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades do setor de energia elétrica. História a evolução legal deste regime jurídico no setor de energia elétrica e avalia o impacto das modificações jurídicas impostas pelo marco regulatório na sua aplicação. Examina a finalidade desta autorização e sua distinção e desvinculação para com a obrigação regulatória de prévia anuência da Agência Nacional de Energia Elétrica para alteração de atos constitutivos dos agentes setoriais, regida pela Resolução Normativa nº 149, de 28 de fevereiro de 2005. Conclui pela não incidência do instituto no modelo setorial vigente. Contribui para o aprimoramento da Resolução Normativa nº 149, de 2005. Método: dedutivo. Abordagem: dogmática e sócio-jurídica.

Palavras-chave: autorização do Poder Executivo, funcionamento societário, atos constitutivos, ANEEL, agência reguladora, societário, serviço público, energia elétrica, REN nº 149.

SUMÁRIO

AUTORIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PARA FUNCIONAMENTO DE SOCIEDADES DO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA: ANÁLISE DE SUA INAPLICABILIDADE E A NECESSIDADE DE REVISÃO NORMATIVA	1
INTRODUÇÃO	2
1. O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO E SUA ABERTURA AOS AGENTES PRIVADOS	3
1.1 Aspectos Constitucionais, Políticos e Socioeconômicos do Redesenho do Setor Elétrico Brasileiro 3	
1.2 Os Regimes Jurídicos de Delegação de Atividades Econômicas	9
1.2.1 Concessões e Permissões de Serviços Públicos	9
1.2.2 Normas para Outorgas, Outros Regimes Jurídicos, Prorrogações e Reestruturações dos Serviços de Energia Elétrica	12
1.3 A Criação, Finalidades e Competências da Agência Reguladora	16
1.4 Aspectos Empresariais e Societários da Delegação de Atividades Econômica	18
2. ANUÊNCIA REGULATÓRIA ÀS ALTERAÇÕES DE ATOS CONSTITUTIVOS DOS AGENTES SETORIAIS	23
2.1 Aspectos Institucionais, Natureza Fiscalizatória e Finalidade da Tutela	23

2.2	A Alteração de Atos Constitutivos.....	26
2.2.1	A Resolução Normativa nº 149, de 2005	26
2.2.2	Âmbito de Aplicação e Fundamentação da Norma	28
3.	A AUTORIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PARA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE SOCIEDADES NO SETOR ELÉTRICO	33
3.1	O Regime Geral da Autorização: o Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, e o Código Civil.	33
3.2	O Regime Específico Aplicado ao Setor Elétrico	38
3.3	Registro de Sociedades Autorizadas a Funcionar pelo Poder Executivo	44
4.	A SUBSISTÊNCIA DA TUTELA DE ATOS CONSTITUTIVOS DOS AGENTES SETORIAIS PELO REGULADOR	46
	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

A produção e a circulação de bens e serviços é realizada por diversos agentes econômicos, dentre os quais figuram as sociedades, as quais são organizadas para explorar as atividades econômicas previstas em seu objeto social, sendo constituídas respeitando-se as disposições legais necessárias.

No Brasil, determinadas sociedades, em virtude do seu negócio empresarial ou de sua origem estrangeira, dependem de prévia autorização do Poder Executivo para funcionar.

Neste caso, antes da entrada em funcionamento da sociedade, o Poder Executivo examina o seu contrato ou estatuto social, quando verifica o atendimento das condicionantes societárias impostas para sua constituição. No mesmo sentido, as alterações contratuais ou estatutárias são alvo de semelhante juízo. Trata-se, portanto, de uma exigência de aprovação prévia baseada em seus atos constitutivos, de natureza societária e de caráter excepcional, por não se tratar de regra aplicável às sociedades em geral.

O tema é tratado pela legislação societária (geral) no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que dispõe sobre as sociedades por ações, na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que Dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. O tema também consta em dispositivos legais especialmente aplicáveis ao setor elétrico.

Neste estudo¹, analisa-se a aplicação deste regime de autorização às sociedades do setor elétrico, aquelas cujos negócios empresariais sejam iminentes à indústria de energia elétrica, ou seja, as atividades econômicas de geração, de transmissão, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, todas reguladas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A ANEEL, no desempenho de suas atividades fiscalizatórias, fez nascer uma relação jurídica entre o regime de autorização do Poder Executivo para funcionamento de sociedades e a tarefa regulatória da autarquia quanto à fiscalização econômica e financeira das alterações de contratos e estatutos sociais dos agentes setoriais.

¹*Este material expressa exclusivamente a posição do autor, não representando a instituição para a qual trabalha.

Baseada, dentre outros, no citado regime, a ANEEL editou a Resolução Normativa (REN) nº 149, de 28 de fevereiro de 2005, que – conforme sua ementa - 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.

Ao fundamentar seu ato normativo em dispositivos da legislação societária geral do regime de autorização, a agência parte do pressuposto que as sociedades do setor estão, hoje, sujeitas à autorização do Poder Executivo para funcionar.

Cogita-se que a legislação geral do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades não estabelece esta sujeição, nem incide para as sociedades de energia elétrica, pela inexistência de lei especial vigente que institua tal obrigação societária após a edição do marco regulatório. Com efeito, a legislação do regime examinado não seria capaz de motivar a REN Nº 149, de 2005, não se aplicando ao processo fiscalizatório da ANEEL sobre alterações de atos constitutivos.

Para analisar a hipótese, a pesquisa envolve aspectos regulatórios e societários, conteúdo social, econômico, político, histórico e administrativista, justificando uma abordagem sócio-jurídica combinada com a dogmática jurídica.

No capítulo inicial é realizado o levantamento do contexto e dos fundamentos do marco regulatório e da regulação setorial. É revisada a legislação setorial investigando-se a existência de disposições legais específicas que estipulem obrigações sobre atos constitutivos no novo paradigma.

O segundo capítulo examina o processo administrativo de anuência prévia da ANEEL para alterações de atos constitutivos, seguido do terceiro que estuda o instituto da autorização do poder executivo para funcionar sociedades, sua legislação geral e a especial aplicável ao setor elétrico, suas incidências e vigências.

Por fim, o último capítulo reúne os elementos das seções anteriores, oferecendo a síntese dos conhecimentos explorados e o inter-relacionamento dos pontos analisados em cada subtema, esclarecendo o impacto da transição do modelo setorial no regime de autorização pesquisado. São também apresentadas possíveis contribuições para aprimoramento da tutela regulatória do tema estudado.

1. O MARCO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO E SUA ABERTURA AOS AGENTES PRIVADOS

1.1 Aspectos Constitucionais, Políticos e Socioeconômicos do Redesenho do Setor Elétrico Brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu o título da Ordem Econômica e Financeira, onde juridicamente foram estruturados os pilares da organização da atividade econômica no País e onde estão previstos, além dos princípios específicos desta ordem, os principais aspectos sobre o papel do Estado na atividade econômica, sobre regulação, sobre o regime de serviço público e sobre a propriedade do potencial hidrelétrico, dentre outros².

Segundo seu art. 170, constituiu-se no Brasil uma economia de mercado explicitamente fundada na livre iniciativa, que para Grau (2007, p. 202-203) trata-se de um desdobramento da liberdade e que não se limita à liberdade econômica, por se tratar – a livre iniciativa - de um fundamento bem mais amplo, que alicerça a

² Dentre os outros temas, há prescrições sobre o investimento de capital estrangeiro, norma-quadro sobre o estatuto jurídico da empresa pública e sobre monopólios da união, definição sobre ordenação de transportes, sobre tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, e sobre requisições estrangeiras de dados comerciais de pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil.

própria República, pois igualmente prevista no art. 1º da Constituição Federal³. No mesmo caminho, Coelho (2012, p. 67) entende que o princípio da liberdade de iniciativa é geral, sendo aplicável a todo o ramo jurídico.

Para Grau (2007, p. 203), uma das faces da livre iniciativa é a liberdade econômica, na qual a liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico) se compõe por duas liberdades públicas: a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e a não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. Ademais, ensina (GRAU, 2007, p. 206) que o dispositivo constitucional que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, introduz no plano constitucional a sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos, uma garantia de legalidade face aquela liberdade pública de não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.

A ordem econômica é também informada pelos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência. Além destes, de maior afinidade com o objeto deste estudo, o título se baseia também na valorização do trabalho humano, dignidade da pessoa humana e justiça social, bem como se informa pelos princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Em sua interpretação e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988, Grau (2007, p. 348) concluiu que ela define a opção pelo sistema capitalista, que contém um modelo econômico aberto, por ele descrito como modelo de bem-estar, calcado sob determinados pontos de proteção quanto às extremas modificações e sendo merecedora de uma interpretação dinâmica passível de adequações face à realidade social e sendo um instrumento para operar mudanças sociais.⁴

No bojo, esta opção política, se justifica pelo fato de que:

[...] os mercados são normalmente um bom modo de organizar a atividade econômica. No entanto, as economias de mercado só funcionam bem quando os recursos são propriedade privada. Quando os recursos são propriedade coletiva, as economias de mercado já não funcionam tão bem. Por esse motivo, a convicção de que os mercados são um bom modo de organizar a sociedade está intimamente ligada à crença na propriedade privada. Esta concepção é por vezes chamada filosofia política do capitalismo. (MANKIW, p. 233)

Enquanto instrumento transformador, Grau (2007, p. 173) reconheceu a natureza dirigente da Constituição Federal e justificou esta afirmação dando como exemplo os princípios nela expressos, voltados a implantação da nova ordem econômica. No referido título constitucional também é frequente a previsão de edição de

³ O art. 1º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”, o *caput* do art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”, e seu Parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁴ Em seu adendo à obra, feito no ano de 2002 (GRAU, 2007, p.351), o autor propõe a interpretação da Constituição da República de modo relativo, ao invés de uma interpretação imutável, propondo que a “contemporaneidade da Constituição do Brasil afirma-a como sendo como que uma *nova* Constituição – a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, deverá ser interpretada/aplicada.” Quanto às alterações sociais no que tange à ordem econômica, inúmeras foram as transformações sobre regulação e sobre os serviços de energia elétrica, e muito se deu em razão destas previsões constitucionais, que norteiam este trabalho.

legislações infraconstitucionais para dispor inovadoramente sobre seus temas, a exemplo da disciplina sobre o regime de serviços públicos.

A escolha brasileira foi, então, a de não exploração direta do Estado na atividade econômica, salvo imperativo de segurança nacional, interesse coletivo ou restrição constitucional. Dentre as exceções encontra-se o exercício das atividades atinentes aos serviços e instalações de energia elétrica, bem como ao aproveitamento energético dos cursos de água, pois, conforme disposição também constitucional, estes competem à União que as explorará diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão⁵.

Para a prestação dos serviços públicos⁶, a Constituição da República traçou a norma-quadro para a edição de lei, obrigando a instituição de um regime próprio para a concessão ou permissão, contemplando como elementos a licitação, a forma prescrita do contrato (solenidade), 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 adequado⁷.

Além da titularidade da atividade econômica, a Carta Magna reservou à União a propriedade dos potenciais de energia hidráulica, cujo aproveitamento também depende de autorização ou concessão por este mesmo ente⁸.

A autorização, segundo Di Pietro (2005, p. 218), tem várias acepções no direito brasileiro. Das três apresentadas por esta autora, uma se relaciona com os bens públicos e outra com a exploração de atividade econômica. O instituto pode ser utilizado como “ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário”. Sutilmente similar, porém destinado a

⁵ Confira-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; [...]”

⁶ Tanto 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 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.

⁷ Confira-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.”

⁸ Confira-se o art. 176 da Constituição Federal, que dispõe: “Art. 176. [...] os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º [...] o aproveitamento dos potenciais a que se refere o ‘caput’ deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#) [...] § 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.”

outro objeto, diz que a palavra autorização também pode ser tomada como “ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário”. Para o primeiro sentido, a autorização de uso e, para o segundo, a autorização de serviço público⁹.

A explicação é valiosa, pois esclarece que a vinculação do termo autorização, mencionado apenas uma vez no dispositivo de competência da União, se aplica a dois objetos distintos, apesar de previstos num mesmo núcleo jurídico constitucional.

Já a concessão, Di Pietro (2005, p. 275) entende que é o contrato administrativo “pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.”

Quanto à permissão, Di Pietro (2005, p. 221) entende que este instituto, em sentido amplo, designa um ato unilateral, discricionário e precário para facultar ao particular a execução de serviço público ou utilização privativa de bem público. Entretanto, alerta que esta compreensão doutrinária não se coaduna com art. 175 da Constituição Federal, do qual pode-se depreender que a permissão é de natureza contratual. Assim, entende que não se pode compreender a permissão da Constituição na acepção acima apresentada (DI PIETRO, 2005, p. 221), mas como um instituto que difere da concessão por se tratar de contrato de adesão, constituído por ato unilateral e delineado pela precariedade.

No mesmo sentido, Mello (2006, p. 731) aponta que a permissão, para a doutrina tradicional, é ato precário, *intuitu personae* e unilateral, tendo a Constituição Federal lhe destinado a forma contratual por evidente imprecisão técnica, vez que tal natureza é cabível somente para as concessões.

Volvendo a titularidade estatal da atividade, esta alcança os negócios empresariais da indústria de energia elétrica, isto é, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Bem verdade que tal titularidade e a possibilidade de delegação à iniciativa privada não foram inovações da Constituição da República, pois tais circunstâncias já estavam previstas em constituições anteriores¹⁰.

E apesar desta antiga faculdade, durante longo período histórico – de tendência intervencionista estatal - as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica foram desempenhadas em sua maioria por sociedades empresárias de direito público, ambientadas na administração pública indireta e tendo como controlador societário um ente estatal¹¹.

⁹ Destaque-se que para a autora (DI PIETRO, 2005, p. 99) o serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. A utilização do termo serviço público combinado ao do termo autorização na citação colacionada, então, se dá neste sentido, ou seja, numa ampla abrangência. Especificamente, para a autora, a autorização serve para delegar a execução da atividade quando em favor do próprio delegatário, embora abrangida pelo interesse público, enquanto que as modalidades de delegação por concessão ou por permissão de serviços públicos são utilizadas para quando o atendimento está voltado às necessidades coletivas.

¹⁰ Dentre as Constituições, por exemplo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, previa a delegação na alínea “j”, inciso XIX, do art. 5º, que trata da competência da União para legislar sobre energia hidrelétrica e sua exploração, como em seu art. 119 constante da Ordem Econômica e Social onde se estabelece que o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica depende de delegação. Ademais, no art. 12 das Disposições Transitórias estabelece que as antigas delegações ficam sujeitas a normas a serem editadas, prevendo, como decorrência, a revisão de contratos pré-existentes.

¹¹ No Direito de Empresa, a definição legal de controlador está contida no art. 1.098 do Código Civil e corresponde a pessoa ou grupo de pessoas que possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores. Para as sociedades anônimas, a específica definição legal encontra-se no art. 116 da Lei nº 6.404/76, que Dispõe sobre as Sociedades Anônimas, para a

Entretanto, a incapacidade de investimentos em infraestrutura pelo Estado motivou o repensar sobre a adequada dimensão de sua participação em diversos setores, inclusive o elétrico, bem como a pertinência de se intensificar a delegação de atividades à iniciativa privada.

As dificuldades econômicas do Estado Brasileiro e seu debilitado fôlego financeiro já se acusavam no desequilíbrio de gastos públicos, dívida externa e interna, descontrole inflacionário com marcação de tarifas de serviços públicos e a elevação de inadimplências intrassetoriais, além da globalização versus uma indústria nacional pouco competitiva. Tais fatores, dentre outros, justificaram a adoção de medidas na busca da melhoria do bem estar socioeconômico, tanto pelo poder executivo quanto pelo legislativo, inclusive constituinte, a exemplo da Emenda à Constituição n.º 6, de 15 de agosto de 1995, que deu novo tratamento aos conceitos de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional¹². Sobre emendas na ordem econômica, Grau colocou:

Ainda que não tenham comprometido as linhas básicas da ordem econômica originalmente contemplada na Constituição de 1988, as emendas constitucionais promulgadas a partir de agosto de 1995 cedem ao assim chamado neoliberalismo, assinalando o desígnio de abertura da economia brasileira ao mercado e ao capitalismo internacional. (2008, p. 177)

O cenário, então, impulsionou a retirada do Estado no desempenho de diversas atividades econômicas e consubstanciou a implementação, também já prevista na Ordem Econômica da Constituição Federal, de intervenção estatal via regulação da atividade econômica, por meio de sua normatização, fiscalização, incentivo e planejamento¹³. A mudança traçou um novo perfil do Estado Brasileiro e de sua Administração Pública¹⁴, pois, conforme Grotti (2005, p. 1):

qual o acionista controlador é a pessoa ou grupo de pessoas que além de deter os direitos de sócio que lhe assegure, de forma permanente a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. A doutrina tradicional compreende o controle societário como o poder de imposição de vontade aos atos da sociedade. Neste mesmo sentido, para Comparato e Salomão Filho trata-se, nas sociedades anônimas, de um poder de dominância, de soberania, sendo o controlador, nestas sociedades, o empresário, distinto do mero investidor. Porém, cumpre registrar a crítica destes, Comparato e Salomão Filho (2008, p. 83) ao conceito legal acima apresentado de acionista controlador, vez que não abarca os tipos de controle externo e do controle interno na modalidade administrativa-gerencial.

¹² Exemplo de medidas tomadas foram a abertura de mercado, o Plano Nacional de Desestatização, o Plano Nacional de Desburocratização, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Plano Real, a Lei de Concessões de Serviços Públicos, a Parceria Público-Privada.

¹³ Confira-se o art. 174, da Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. [...]”

¹⁴ Acompanhando as reformas, a Administração Pública também sofreu mudanças, como a própria adoção das Agências Reguladoras. Após perpassar pelos modelos patrimonialista, patrimonialista-burocrático e pelo burocrático, a Administração Pública adotou o gerencialismo, informado pelo princípio da eficiência e pautado pela desburocratização, descentralização, transparência, *accountability*, ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão. Hoje ainda em transição, a Administração Pública encontra-se na fase pós-burocrática/gerencial, tendo ainda resquícios da gestão patrimonialista.

[...] operou-se uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado. Esta nova visão adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização, publicização; a recuperação de sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.

O redesenho do papel do Estado Brasileiro na economia ocorreu durante a década dos anos 1990 e acompanhou o movimento mundial político-ideológico denominado neoliberalismo. Esta concepção teve como resultado a instauração do Estado Regulador, baseado na diminuição dos mecanismos de intervenção direta do Estado na economia, representando um movimento oposto ao Estado Intervencionista e de Bem-Estar Social o qual, por sua vez, servira de refreio à concepção de Estado Liberal.

No Brasil, um dos importantes instrumentos delineadores desta mudança foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995), elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, em cuja Apresentação, o então Presidente da República anunciou a singularidade do processo de mudanças porvir no País e ressaltou que seria um desafio ímpar em busca de um novo modelo de desenvolvimento capaz de trazer melhorias à sociedade, elencando como pontos centrais o fortalecimento do Estado para eficácia de sua ação reguladora numa economia de mercado e o fortalecimento dos serviços básicos e das políticas sociais.

O processo de mudança também teve como instrumento o Programa Nacional de Desestatização (BRASIL, 1990), cujos objetivos fundamentais, dentre outros, eram reordenar a posição estratégica do Estado na economia ao transferir à iniciativa privada as atividades entendidas como indevidamente exploradas pelo setor público, propiciar a retomada de investimentos nas atividades e empresas transferidas, reestruturar a economia do setor público e do setor privado, operando neste a ampliação da competitividade e o reforço da capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Assim, o programa organizou privatizações e a retirada do Estado na participação de empresas de diversos setores, dentre os quais o de minérios, de telecomunicações e de energia elétrica.

No direito brasileiro, a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de diminuir a presença do Estado, compreendendo: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, por meio de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a venda de empresas estatais ao setor privado. (GROTTI, 2005, p. 1)

Refletindo-se acerca do conceito acima apresentado, conclui-se que, dentro de sua ampla concepção, requer certas ponderações para subsidiar a compreensão do movimento ocorrido especificamente no setor elétrico, que perpassou pelo movimento da privatização.

A indústria de energia elétrica não se enquadrava em monopólio jurídico estatal, como também o desempenho da atividade não era exercido exclusivamente por empresas estatais, pois já comportava a forma de delegação à iniciativa privada. Esta, por sua vez, era de baixa ocorrência e sua intensificação não configuraria, na acepção jurídica, uma devolução da qualidade de concessionário à empresa privada, mas sim uma opção política por sua maior adoção, cuja diretriz já detinha respaldo constitucional.

Quanto à desregulação, com diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico, não foi a marca proposta especificamente para o setor de energia elétrica naquele momento, que na verdade permaneceu dirigido pela regulação econômica da atividade, cuja titularidade manteve-se com Estado.

Como várias empresas estatais de energia elétrica permaneceram na qualidade de concessionários e continuam a explorar tais atividades, ladeando as delegatárias da iniciativa privada, não se pode afirmar que a qualidade de concessionário reservou-se exclusivamente aos privados. Em certa medida, a desestatização foi intentada, entretanto sua implementação foi parcial face ao que fora planejado.

Diversas desestatizações ocorreram, mormente em nível estadual, iniciadas após as primeiras privatizações das distribuidoras federais Escelsa e Light, de propriedade da *holding* Eletrobrás¹⁵. Porém, esta empresa de capital aberto desde sempre controlada societariamente pela União, hoje, detém o controle societário de diversas empresas de energia que respondem por parte significativa dos sistemas de geração e transmissão de energia elétrica do País, além de participações em distribuidoras de energia elétrica¹⁶. Embora a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, tenha ordenado ao poder executivo promover a reestruturação societária da Eletrobrás e de suas subsidiárias, com vistas à privatização, esta medida não só não ocorreu como o comando legal foi expressamente revogado pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Na esfera estadual, o controle societário exercido pelo Estado do Goiás, pelo Distrito Federal, pelo Paraná e por Minas Gerais em sociedades de economia mista detentoras de concessões de serviço público de distribuição ilustram os limites da desestatização ocorrida.

Independente deste limite, certo é que se operou a cada privatização a substituição paulatina do Estado no desempenho das atividades. Desde então, consoante o plano elaborado no âmbito e sob a ótica do setor público, inúmeros novos empreendimentos passaram a ser usualmente delegados a empresas privadas, que corporificam um novo panorama e promovem a reinjeção de investimentos no setor.

Por outro lado, para atrair investidores privados para o setor e acrescer o volume de delegatários, o arcabouço legal foi instrumentalizado para a delegação dos serviços e a administração pública acolheu a figura do agente regulador do setor, gozando de atribuições inovadoras.

1.2 Os Regimes Jurídicos de Delegação de Atividades Econômicas

1.2.1 Concessões e Permissões de Serviços Públicos

Para reger as delegações foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei nº 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.

A 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

¹⁵ Como exemplos de empresas privatizadas tem-se a Escelsa, Light, Cerj, Coelba, CEEE Centro-Oeste, CEEE Norte-Nordeste, CPFL, Enersul, Cemat, Energipe, Cosern, Coelce, Eletropaulo Metropolitana, Celpa, Elektro, Cachoeira Dourada, Gerasul, Cemar, Elektro.

¹⁶ Atualmente (2014) a Eletrobras detém o controle de seis subsidiárias: Chesf, Furnas, Eletrosul, Eletronorte, CGTEE e Eletronuclear. Estas, por sua vez, detém participação societária em outras sociedades. A Eletrobras tem também a participação nas distribuidoras dos Estados do Amazonas, Acre, Roraima, Rondônia, Piauí e Alagoas, bem como, em nome do governo brasileiro, detém metade das ações de Itaipu Binacional.

privado, em contraposição à generalizada insatisfação social face à qualidade deficiente dos serviços prestados na época¹⁷.

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 privado¹⁸.

Desde sua edição, a Lei nº 8.987, de 1995, 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, o que demonstra 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 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 por esta própria como imprescindível para a formalização das delegações¹⁹. Esta 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.

Quanto à licitação, o legislador reafirmou sua necessidade prévia nos termos da legislação própria, porém elegeu a concorrência como a modalidade adequada ao certame e vedou privilégios de vantagens ou subsídios indisponíveis a todos os concorrentes. Sobre a exclusividade – que oportuniza a inexigibilidade da licitação quando há inviabilidade de competição – a Lei descaracterizou sua possibilidade nestes certames, exceto nos casos de impossibilidade técnica ou econômica previamente justificadas. Além de critérios para julgar a licitação²⁰, há na norma regras para elaboração do edital e a previsão da faculdade de inversão das fases licitatórias de habilitação e julgamento²¹.

¹⁷ Atualmente, a satisfação do consumidor com os serviços prestados pelas 63 distribuidoras de energia elétrica é objeto de pesquisa anual promovida pela ANEEL junto aos consumidores residenciais. A pesquisa é realizada desde o ano 2000: os resultados são expressos no Relatório Brasil do Índice Aneel de Satisfação do Consumidor – IASC e as distribuidoras melhores avaliadas são premiadas como incentivo a contínua melhora na prestação. No ano de 2012, o IASC Brasil apurado foi de 61,51 numa escala de 0 a 100, sendo que a faixa entre 60 e 80 aponta o resultado “Bom”. É o terceiro ano consecutivo registrando-se decréscimo na satisfação: 66,74 em 2010 e 64,41 em 2011. No ano de 2010 foi o melhor patamar histórico na série, enquanto que 58,88 em 2004 (entendido como prestação Regular) foi a pior nota de satisfação já registrada. O Relatório apresenta também o comparativo do resultado brasileiro com índices apurados por outros países, sendo que o *ACSI - American Consumer Satisfaction Index*, em 2011 foi 76,70, e o *NCSIUK - National Consumer Satisfaction Index- UK*, em 2012 foi 69,00.

¹⁸ A ementa do projeto de lei, que não restou editada, sinalizava a pretensão pela prestação do serviço pela iniciativa privada, senão vejamos: “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.” (BRASIL, 1996).

¹⁹ Em capítulo adiante é explicado o antigo sistema de outorga, no qual vigeu a formalização facultativa de contrato de concessão.

²⁰ A inversão de fases foi introduzida com a edição da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que, dentre outros alterou a Lei nº 8.987, de 1995.

²¹ Originalmente a Lei nº 8.987 previa três critérios de julgamento da licitação: menor valor de tarifa, maior oferta pela outorga, e a combinação dos dois critérios. Com a edição da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que, dentre

Em consonância com a previsão constitucional a lei detalhou o conceito de serviço adequado como aquele prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Para disciplinar a relação das partes envolvidas, o diploma estabeleceu direitos e obrigações dos usuários, os encargos das concessionárias e os do poder concedente. 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 caso²².

Enquanto destacam-se 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, dentre 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 concessões²³. As competências do Poder Concedente foram acrescidas com dispositivo na Lei nº 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 dos atos autorizativos.

Sobre a política tarifária, a fixação da tarifa se dá pelo preço da proposta vencedora do leilão, sendo facultado aos contratantes estabelecer mecanismos de revisão para manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Para a solenidade do contrato de concessão há vasto dispositivo que elenca os itens essenciais a serem observados.²⁴ 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

outros alterou dispositivos da Lei nº 8.987, novos critérios de julgamento foram inseridos, resultando na manutenção dos critérios de menor valor de tarifa, maior oferta pela outorga, e introduzindo-se melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas; a combinação, dois a dois, dos critérios anteriores; melhor proposta técnica com preço fixado no edital; melhor proposta da combinação de menor tarifa com o de melhor técnica; e melhor proposta da combinação entre maior oferta pela outorga com o de melhor técnica.

²² A liberdade de escolha teve redação dada pela edição da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que, dentre outros alterou dispositivos da Lei nº 8.987, de 1995.

²³ A Lei nº 9.427, de 1996, dentre outros, estabeleceu que o poder concedente ouvirá a ANEEL, quando do exercício da incumbência de extinguir concessão.

²⁴ O art. 23 da Lei nº 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.

serviço.²⁵ 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.

A intervenção e a extinção da concessão constituem objetos de capítulos próprios na Lei nº 8.987, de 1995²⁶, entretanto, para o setor elétrico foi editada uma disciplina especial destas matérias pela Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, que trata da intervenção nas concessões de serviço público de energia elétrica, a extinção e a prestação temporária destes serviços.

Sobre o regime de serviços públicos, a Lei nº 9.427, de 1996, em suas outras providências, estabeleceu o regime econômico e financeiro das concessões de serviço público, o que compreende a adoção do conceito de tarifação pelo preço do serviço - ao invés da suplantada precificação pelo custo do serviço - a necessidade contínua de reinvestimentos pelo empreendedor, a participação do consumidor em obras de interesse mútuo da concessionária, a captura dos ganhos de produtividade do agente setorial em prol da tarifa e a indisponibilidade de bens utilizados, exclusiva e permanentemente, para a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica.

1.2.2 Normas para Outorgas, Outros Regimes Jurídicos, Prorrogações e Reestruturações dos Serviços de Energia Elétrica

Na mesma data em que foi publicada a Lei nº 8.987, de 1995, o Poder Executivo adotou a Medida Provisória nº 890, de 1995, pela qual estabeleceu normas para a outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviço público.

A norma elencou as atividades econômicas sujeitas ao regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, sem prejuízo da execução direta pelo poder público quando achado pertinente e vedou a sujeição de quaisquer outras a este regime senão quando autorizada por lei. O diploma qualificou a geração, a transmissão e a distribuição de energia elétrica dentre as atividades sujeitas ao regime de serviço público²⁷.

O capítulo II foi destinado aos serviços de energia elétrica que trata majoritariamente do tema de prorrogação de concessões, cuja eficácia foi condicionada à assinatura de (novo) contrato de concessão contendo cláusula de renúncia a direitos preexistentes contrários à Lei nº 8.987, de 1995. Para as distribuidoras, a prorrogação teve como efeito a derrogação da exclusividade de fornecimento de energia para determinados consumidores²⁸ aos quais garantiu livre acesso aos sistemas de distribuição e de transmissão, passando este último a ser também livremente acessível por produtores de energia. A norma ainda autorizou a constituição de consórcios para geração de energia elétrica para fins de serviço público, para uso exclusivo dos consorciados ou mediante a combinação destas destinações.

Segundo a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 890, de 1995, (BRASIL, 1995), tais disposições acima comentadas foram delineadas pelos seguintes aspectos, focos da norma: a) estabelecimento de parâmetros para prorrogação das concessões então existentes com vistas a preservar a continuidade do serviço prestado; b) solução dos problemas financeiros causadores de paralisação ou atraso de obras de usinas, mediante a associação de empresas estatais com empresas privadas, visando a conclusão dos empreendimentos; c) garantia de livre acesso de produtores e grandes consumidores para obter eficiência

²⁷ Quando da conversão da Medida Provisória em lei, a regra de que a as atividades de energia elétrica se regem pelo serviço público não foi mantida. Ademais, criou-se novo regime para a exploração da atividade de geração, denominado produção independente de energia, conforme abordado no item 1.2.2., sendo este, em determinados casos, objeto de autorização.

²⁸ Aqueles consumidores com carga igual ou maior que 10MW e atendidos em tensão igual ou superior a 69kV.

econômica via competição na produção e comercialização de energia elétrica; e incentivo à competitividade pela liberdade de grande consumidores em contratar seu fornecimento em regime de concorrência; d) necessidade de reagrupamento de mercados de distribuição de energia elétrica, constituindo um elemento essencial para a prorrogação²⁹.

Quanto à reestruturação de serviços públicos concedidos, a Medida Provisória autorizou a União a cobrar pelo direito de exploração dos serviços públicos de sua competência, a promover reestruturação societária das concessionárias de serviço público sob seu controle societário, bem como cindir, fundir e transferir concessões, inclusive combinada com a privatização de concessionárias.

Esta Medida Provisória foi reeditada e, por fim, restou convertida na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.³⁰ A lei acrescentou novos elementos ao regime proposto pela Medida Provisória nº 890, de 1995, destacando-se a ampliação e robustecimento do capítulo dos serviços de energia elétrica, que foi seccionado e passou a tratar das modalidades de outorga por concessão, permissão e autorização; da nova figura intitulada produtor independente de energia elétrica, das instalações de transmissão e dos consórcios de geração de energia elétrica e, ao final, das opções de compra de energia pelos consumidores.

A norma - que em sua adoção e reedições manteve-se adstrita ao regime de serviço público, isto é, à sua concessão e permissão - foi ampliada quando da conversão, tendo a lei ampliado seu âmbito para concessões, permissões e autorizações de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento dos cursos de água, estando assim concatenada com a totalidade de competências da União previstas na Constituição Federal para o caso de energia elétrica³¹. As concessões tendo por objeto o uso de bem público, alteraram a interpretação de

²⁹ Adotando-se, para os reagrupamentos, os critérios de racionalidade operacional e econômica;

³⁰ As reedições se deram pelas Medidas Provisórias nº 937, de 15 de março de 1995, nº 966, de 12 de abril de 1995, nº 991, de 11 de maio de 1995, nº 1.107, de 8 de junho de 1995. Do resultado da comparação dos dispositivos das medidas adotadas, observa-se que a de nº 937, de 1995, não apresentou inovações em relação a primeira. Já a nº 966 replicou o texto da medida imediatamente anterior, acrescentando dispositivo alterando a Lei nº 8.987, de 1995, incluindo nesta a exigência de garantias suplementares pelo concessionário quando captar recursos em instituição financeira pública. A Lei nº 9.074, de 1995, revogou tal disposição. A Medida Provisória nº 991, de 1995, replicou o texto da medida anterior, porém não reprisou as disposições que estabeleciam para a privatização das estatais a faculdade dos sócios minoritários que discordassem dos termos do novo contrato de concessão requererem a alienação de suas ações conjuntamente com as do controlador. Não se reeditou, desta medida em diante, a autorização, constante em todas as medidas predecessoras, do Poder Executivo em reestruturar os órgãos da Administração Pública Federal encarregados de regular, normatizar e fiscalizar os serviços públicos. Nesta edição, dispositivo foi acrescentado para convalidar os atos relativos à formação de consórcio entre concessionária e autoprodutores para geração de energia elétrica, precedido ou não de processo licitatório, praticados antes da Lei nº 8.987, de 1995.

³¹ Sobre o regime de delegação aplicável às atividades de energia elétrica, o inciso I do art. 1º da Lei decretada pelo congresso, que sujeitava as atividades de energia elétrica ao regime de serviço público sofreu veto presidencial. Alegou-se na Mensagem nº 750 do Presidente ao Senado (BRASIL, 1995), pesquisada diretamente, que pelo fato do art. 2º da Lei ter dispensado a fixação do regime para as atividades já mencionadas na Constituição Federal como de competência da União, dentre as quais as de energia elétrica, estas estariam dispensadas de Lei expressa para exploração em regime de serviço público. Ademais, constou que listar as atividades de competência da União constantes da Constituição da República representaria duplicidade ensejadora de errôneas interpretações diante do disposto no artigo 2º. Sobre a matéria - qualificação ou não das atividades de energia elétrica como serviços públicos - há substancial debate doutrinário que estuda o enquadramento de tais atividades. Caso compreendidas como serviços públicos em sentido estrito, as atividades estariam sujeitas exclusivamente ao regime de concessão e permissão de serviços públicos instituído pela Lei nº 8.987, de 1995, e aos quais não cabe delegação na forma de autorização. Este instituto, entretanto, figura dentre as formas de delegação constantes do artigo constitucional que atribui a atividade à União, que também não as qualifica em nenhum momento como serviços públicos (estrito senso) e

que o instituto jurídico da concessão se aplica exclusivamente para a delegação do desempenho da atividade em regime de serviço público.

A lei especificou os tipos cabíveis de delegação (autorização ou concessão, caso a caso) para a geração de energia elétrica por fonte hidráulica, levando-se em consideração limites de potência instalada, associados com a destinação do aproveitamento da energia: para execução do serviço público ou para produção independente de energia³².

O produtor independente de energia é a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que detém concessão ou autorização de produção, por sua conta e risco, de energia e realizam sua comercialização total ou parcial para concessionários de serviço público ou para os consumidores habilitados pela Lei a contratar diretamente seu fornecimento, para os quais, conjuntamente a seus fornecedores, assegurou-se livre acesso remunerado das instalações necessárias ao consumo, mantendo-se, na conversão da Lei, os termos da legislação original.³³

Para a produção independente de energia elétrica por fonte termelétrica reservou-se a concessão ou a autorização.³⁴

nem as sujeitas ao respectivo regime. Assim, a Lei nº 9.074, de 1995, com ou sem o veto presidencial induziria à dubiedade, pois, antes do veto listava as atividades de energia elétrica como sujeitas a concessão ou permissão do serviço público enquanto que noutra dispositivo permite a autorização ora como forma de delegação da exploração da atividade econômica de geração por fonte termelétrica, outrora como forma de delegação do uso do bem público (potencial hidráulico) para autoprodução. A matéria tem sido alvo de debate científico e embora extrapole o objeto desta pesquisa em específico, oferece elementos para esclarecer as especificidades dos tipos de regulação destinadas a cada segmento (geração, distribuição e transmissão de energia).

³² Originalmente a Lei nº 9.074, de 1995, estabeleceu a dependência de concessão, mediante licitação, para aproveitamento hidráulico superior à 1.000kV, tanto para execução de serviço público quanto para produção independente de energia. Abaixo deste limite o aproveitamento está sujeito a registro, consoante o §4º do art. 176 da Constituição Federal. Porém os limites foram revistos por leis supervenientes que, com efeito, derrogaram e alargaram os limites originais e posteriormente estabelecidos para exigibilidade de concessão. Além disso, nova Lei introduziu uma faixa de potência intermediária e acima de 1.000kV para tratamento da pequena central hidrelétrica (PCH), a qual tornou-se objeto de autorização de uso do bem público com concomitante autorização da exploração da atividade de geração de energia elétrica. Atualmente, é objeto de autorização o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 3.000 (mil) kW e igual ou inferior a 50.000 (cinquenta mil) kW, destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não características de pequena central hidrelétrica, conforme dispôs o art. 26, inciso VI da Lei nº 9.427, de 1996 com redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015.

³³ Os consumidores habilitados para contratar diretamente seu fornecimento foram aqueles com carga igual ou maior que 10.000kW e tensão igual ou superior a 69kV e novos consumidores com carga igual ou maior que 3.000kW em qualquer tensão. Além destes o produtor independente de energia foi autorizado a comercializar sua energia com consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o produtor independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração; com o conjunto de consumidores de energia elétrica, independentemente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição; com qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contado da respectiva solicitação.

³⁴ As disposições específicas para as termelétricas englobam: (i) a geração igual ou inferior a 5.000kW depende apenas de registro; (ii) a autoprodução termelétrica acima de 5.000kW depende de autorização; e (iii) que as disposições da Lei sobre delegação à termelétricas não se aplicam para o caso de geração termonuclear. A geração por fonte eólica ou solar não foram tratadas especificamente na Lei, compreensível por não serem usualmente exploradas à época da edição da Lei. A ANEEL em sua Resolução Normativa nº 391, de 15 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009) que, dentre outros, estabelece os requisitos necessários à outorga de

Quanto à reestruturação de serviços públicos concedidos, a lei autorizou à União promover cisões, fusões e transferências de concessões, bem como reestruturações societárias de concessionários sob seu controle societário direto ou indireto. Oportunizou, ainda, a realização de privatizações simultaneamente com as prorrogações ou com a outorga de novas concessões, além de facultar ao poder concedente a alteração de regime das concessões – no todo ou em parte - de serviço público de geração para o de produção independente de energia.

Foi facultada à União prorrogar concessões de serviços públicos outorgadas antes da Lei nº 8.987, de 1995, com o fito de garantir qualidade de atendimento a custos adequados.

A Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que, dentre outros, dispõe acerca das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como sobre redução dos encargos setoriais e sobre modicidade tarifária; facultou novo período de prorrogação contratual, à critério do poder concedente, para as concessões que anteriormente já haviam sido prorrogadas nos termos da Lei nº 9.074, de 1995, com a finalidade de assegurar a continuidade, a eficiência da prestação do serviço e a modicidade tarifária. A lei estabelece que, não havendo a prorrogação, ocorre a reversão dos bens, a indenização de investimentos não amortizados, devendo a nova concessão se dá por licitação.³⁵

Para esta nova prorrogação das concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica, as condições impostas pela lei são o aceite, pelo interessado, da receita fixada conforme critérios estabelecidos pela ANEEL, bem como submissão aos padrões de qualidade do serviço fixados por esta Agência.

Para a prorrogação no segmento de geração a lei traz diversas inovações aplicáveis às geradoras de energia hidrelétrica, quer estejam em regime de serviço público, de produção independente ou de autoprodução. A prorrogação é condicionada ao aceite expresso de um novo regime de comercialização da energia gerada – regime de cotas - baseado em remuneração por tarifa calculada pela ANEEL para cada usina e a alocação de

autorização para exploração e alteração da capacidade instalada de usinas eólicas, fundamenta a autorização com base nos mesmos dispositivos da Lei nº 9.074, de 1995, destinados às termelétricas.

³⁵ A Lei nº 12.783, de 2013, foi regulamentada pelo Decreto nº 7.891, de 23 de janeiro de 2013 e pelo Decreto nº 8.461, de 2 de junho de 2015. A Lei teve origem por conversão da Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, que Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. Esta Medida Provisória, por sua vez, foi regulamentada pelos Decretos nº 7.805, de 14 de setembro de 2012, e nº 7.850, de 30 de novembro de 2012. A legislação acima listada teve como objetivo viabilizar a redução do custo de energia elétrica ao consumidor, favorecer a competitividade para o setor produtivo brasileiro e contribuir para o aumento do nível de emprego e renda do Brasil (com efeito da redução do custo da energia). Tais normas se baseiam no entendimento de que a prorrogação é a melhor forma de maximizar a captura de eficiência em favor da modicidade tarifária, dada a amortização dos investimentos já remunerados pelos usuários. O novo regime de comercialização de energia nela previsto (cotas) é, segundo a Exposição de Motivos da Medida Provisória (BRASIL, 2013), complemento ao Novo Modelo do Setor Elétrico instituído pela Lei nº 10.848, de 2004, implicando na aplicação de um mecanismo tarifário para remuneração da energia produzida pelas geradoras prorrogadas, em substituição ao sistema de Leilão de Energia Existente. A energia gerada por estas prorrogadas se destina aos consumidores cativos e, no caso de autoprodutores, ficam obrigados ao consumo próprio de toda a produção. Além de alterar as concepções sobre a comercialização da energia, a Lei nº 12.783, de 2013, produziu alterações em diversas leis, promovendo a redução de encargos relacionados Reserva Global de Reversão - RGR, Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSE, além de promover ajustes na relação Eletrobrás e Itaipu Binacional.

cotas de garantia física de energia e de potência da usina hidrelétrica em favor das distribuidoras, além da submissão do interessado aos padrões de qualidade do serviço fixados pela Agência.

Ainda sobre normas de outorga, a Lei nº 9.427, de 1995, em suas outras providências, estabeleceu nas disposições finais que as licitações das concessões sujeitam-se à norma geral de licitações - Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 - sendo vedada a declaração de inexigibilidade de licitação baseada em inviabilidade de competição, sendo possível a declaração de dispensa de licitação de concessão e permissão de serviço público e de uso de bem público quando a primeira licitação tentada for deserta e sua repetição importar em prejuízo à Administração Pública.

1.3 A Criação, Finalidades e Competências da Agência Reguladora

A adoção das agências reguladoras no Brasil colaborou na formação de um modelo regulatório peculiarmente brasileiro, porém procede de referência teórica extravagante, baseada nos modelos estadunidense e inglês, países precursores do ideário da regulação, nascido na Inglaterra por volta dos anos de 1834.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995, p. 6), projetou a inserção de Agências no contexto da administração pública brasileira.

Com foco na modernização da gestão pública, a intenção inicial era a transformação de autarquias e fundações, que exercessem função típica de Estado, em agências, cujo termo, segundo o Ministério de Minas e Energia (BRASIL, 1996), significa a disposição do Governo em atuar como agente de integração e mediador de interesses envolvidos num determinado setor. Em acepção mais difundida no âmbito privado, o termo agência é voltado a qualificar àquela que intermedia a gestão de negócios de terceiros.

O planejamento para implantação da regulação e inserção das agências reguladoras previa a elaboração de novo arcabouço legal para conformar as transformações almeçadas para o Estado, bem como a aplicação do novo modelo em determinadas autarquias, cuja expectativa era de que funcionassem como laboratórios de experimentação.

Na prática, entretanto, o que ocorreu foi a criação de novas autarquias em regime especial, tendo a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL sido a primeira delas.

Inspiradas na responsabilização da entidade por resultados versus autonomia, as agências reguladoras dimanam de conceito exposto no Plano Diretor da Reforma, batizado de agências autônomas.

Conceitualmente a agência reguladora é estruturada para gozar de autonomia suficiente para se tornar capaz de obstar influências políticas sobre a regulação. Neste sentido, a entidade prima pela credibilidade do mercado, pela governança regulatória e pelo desenvolvimento de instituições fortes (regras formais e informais adequadas). Com efeito, propiciam o interesse dos investimentos privados, pois tais fatores consubstanciam um sistema regulatório capaz de restringir o comportamento oportunista ou arbitrário do Governo pois, segundo Levy e Spiller (1996, p. 3) em razão dos serviços públicos abrangerem vasto leque de usuários, exigirem vultosos investimentos de retorno de longo prazo, ativos específicos e não utilizáveis para outras finalidades, os investidores ficam vulneráveis à expropriação.

A autonomia da agência é aspecto muitíssimo caro à regulação. Segundo Grotti (2004, p. 75) em determinada fase de implementação da regulação nos Estados Unidos, as agências “[...] intervieram fortemente na economia. Tal intervenção, suprimindo os princípios básicos do liberalismo e conferindo ampla autonomia a tais agências administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancial”.

A proposição do Poder Executivo para a criação da ANEEL embebeu-se destes aspectos. Pesquisando-se a Exposição de Motivos ao Projeto de Lei nº 1.669 (Do Poder Executivo), de 22 de março de 1996, que propôs a criação da ANEEL, observa-se que o contexto da adoção brasileira da figura da agência no setor teve a inovação como plataforma, mormente quanto às atribuições idealizadas para o ente regulador, buscando dotá-lo de poder normativo, fiscalizatório, sancionador, de planejamento de mercado, de resolução de conflitos entre e com os partícipes do setor regulado.

Neste sentido, a admissão da agência foi uma medida de adequação do segmento de energia ao novo papel do Estado, primando pelo desligamento de sua participação praticamente exclusiva na prestação dos serviços do setor, para uma função de facilitador e controlador destas atividades. À criação da ANEEL, cunhou-se o sucesso do Plano de Desestatização no setor, realçando-se que:

A abertura do setor elétrico, [...] reclama a existência de uma nova estrutura de controle que compatibilize os interesses dos exploradores da atividade especialmente os da iniciativa privada, e os dos consumidores, aos quais deve o Estado garantir serviços de energia elétrica em quantidade e qualidade suficiente ao atendimento de suas necessidades.

[...]

O fortalecimento do órgão regulador, ao mesmo tempo em que proporciona segurança para os investimentos nacionais e externos, considerados imprescindíveis para a expansão do setor elétrico nacional, representará para os usuários dos serviços, garantia da prestação em quantidade, qualidade e modicidade de tarifas. (BRASIL, 1996)

A necessidade de urgência na implantação da regulação no setor fora também ressaltada na referida motivação, destacando-se o caráter complementar da criação da ANEEL aos vários atos legais já pré-existentes da reestruturação do setor elétrico nacional, citando-se as já comentadas Leis nº 8.987, de 1995, e nº 9.074, de 1995.

A ANEEL foi, então, instituída pela Lei nº 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.

A Lei produziu na Administração Pública brasileira um dos reflexos organizacionais mais clarividentes das mudanças no setor de energia, ao passo que reorganizou sua ação regulatória por meio da criação desta autarquia em regime especial com o objetivo de regular e fiscalizar toda a atividade econômica do setor, incluindo a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

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 permissão³⁶.

A Lei também delegou à ANEEL os encargos do Poder Concedente constantes da Lei nº 8.987, de 1995, especificamente sobre a 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 fiscalização³⁷.

Após criada, a Agência foi constituída pelo Decreto nº 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.

³⁶ A gestão dos contratos pode ser compartilhada mediante convênio com órgãos estaduais.

³⁷ Do art. 29 da Lei nº 8.987, de 1995, que lista os encargos do Poder Executivo, as incumbências que não foram delegadas se referem a regulamentação do serviços, fiscalização concomitante com a ANEEL, extinção da concessão e declaração de utilidade pública de bens.

1.4 Aspectos Empresariais e Societários da Delegação de Atividades Econômica

A legislação e o formato econômico do novo cenário setorial foram delineados por diversos aspectos de natureza empresarial e societária que, mediante seus institutos jurídicos, e instrumentos econômicos inerentes, forjaram o arcabouço regulatório atual. Sob a ótica do delegatário, o desempenho das atividades acaba por requerer o atendimento de obrigações daquela natureza empresarial ou societária, porém, para fins regulatórios, distinguindo sua atuação daquela desempenhada pela iniciativa privada em livre mercado.

A primeira restrição empresarial se impõe ao próprio exercício das atividades econômicas que, tendo sido juridicamente reservadas à União, obrigam a aquiescência desta, formalizada no ato ou contrato de delegação, para oportunizar o seu desempenho, sem que isso represente trespasse de sua titularidade, que permanece sob o Poder Concedente.

O escopo das regras estabelecidas se destina tanto à fase de delegação quanto à relação entre o titular da atividade econômica e os seus delegatários no decorrer da outorga. Na fase de desempenho da atividade, a relação se dará de acordo com o regime jurídico adotado no caso concreto, dentre aqueles possíveis previstos nas leis anteriormente estudadas, e será expresso no ato ou contrato de delegação.

Nos casos em que o regime legal escolhido exige a figura de uma pessoa jurídica³⁸ ou pessoas jurídicas consorciadas para qualificar-se como delegatários, a lei está optando por sociedades personificadas, pois dentre os tipos de pessoas jurídicas previstos no Código Civil, esta é a espécie regida pelo direito de empresa capaz juridicamente de empreender atividade econômica em porte daquele usualmente exigido nos investimentos delegados no setor elétrico.³⁹

Dentre as personificadas, as sociedades empresárias de direito privado compõem a categoria das pessoas jurídicas que empreendem atividade econômica⁴⁰ e que protagonizam o mecanismo de funcionamento da economia de mercado.⁴¹ São elas as personagens, que ingressando no setor, concretizam a maior abertura do setor elétrico à iniciativa privada.

Para o ingresso na atividade, salvo no caso das prorrogações em virtude de delegação anterior ao marco regulatório, devem ser cumpridas as condicionantes societárias e econômico-financeiras previstas especificamente nos editais de licitação, para os casos de concessão e permissão, e nas Resoluções Normativas da ANEEL que estabelecem as condições para delegação via autorização.

³⁸ Segundo o art. 44 do Código Civil são pessoas jurídicas de direito privado, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2002)

³⁹ Embora juridicamente capaz de personificação, as empresas individuais de responsabilidade limitada podem ter, no máximo, capital social integralizado de 100 (cem) vezes o salário mínimo, o que representa em 2014, com base no Decreto nº 8.166, de 23 de dezembro de 2013, (BRASIL, 2013), R\$ 72.400,00, um valor demasiadamente pequeno para investimento no setor.

⁴⁰ As sociedades empresárias do setor estão usualmente revestidas dos tipos societários limitada ou anônima. Entretanto, há no setor o caso das pessoas jurídicas de direito privado constituídas na forma de sociedades simples cooperativas. Estas têm por objeto social a distribuição de energia elétrica em áreas rurais. Historicamente, foram formadas pela falha de universalização dos serviços dentro de áreas de concessão e, tais cooperativas, sofreram processo de regularização setorial, tendo, ao fim, sido recepcionadas pelo Poder Concedente na qualidade de permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, mediante o devido contrato de adesão.

⁴¹ Grau (2008, p. 101) averbou que, embora o desenvolvimento do serviço público compita preferencialmente, mas não exclusivamente, ao setor público, o serviço público está para o setor público tal qual a atividade econômica está para o setor privado.

Quando o ingresso é proveniente de processo licitatório ele requer, de antemão, a habilitação da pessoa jurídica no certame, para que demonstre sua capacidade para o desempenho dos serviços por sua conta e risco empresarial. Nele é exigida dos proponentes o cumprimento de requisitos de regularidade jurídica, idoneidade e capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e capacidade técnica, além da apresentação formal da proposta da empresa face o objeto da licitação, que expressa a expectativa de retorno do investidor e a qual concorrerá com as propostas de outros pretendentes. A formalização da proposta é assegurada por aporte de garantia nas modalidades de caução em dinheiro, seguro-garantia, fiança bancária ou títulos da dívida pública. Quando da formalização do contrato é exigido do vencedor da licitação o aporte de garantia de fiel cumprimento do contrato.

A habilitação jurídica para o processo licitatório está condicionada à apresentação dos atos constitutivos vigente da sociedade, isto é, o contrato social ou estatuto social, devidamente registrado no órgão competente.

Em caso de participação por sociedades consorciadas, exige-se também o compromisso de constituição do consórcio das empresas e a formalização do consórcio vencedor antes da contratação, sendo possível, nestes casos, também exigir-se a constituição de sociedade empresária para recepção da outorga⁴². Embora solidárias perante o poder concedente, as consorciadas devem apontar sua empresa líder, a qual será responsável contratual pelos direitos e obrigações caso a concessão seja outorgada no formato de sociedades consorciadas.

A idoneidade e a capacidade financeira são averiguadas, usualmente, com a apresentação de nada consta em certidão civil de falência, concordata e recuperação judicial; das demonstrações contábeis publicadas do último exercício social, seguidas da comprovação de boa situação econômico-financeira atestada por índices financeiros pré-estabelecidos, de capital social mínimo e de patrimônio líquido mínimo.

A regularidade fiscal é comprovada, usualmente, mediante a apresentação de certidões negativas de débitos tributários, inclusive previdenciários, das esferas federal, estadual e municipal, inclusive inscritos em dívida ativa. Exige-se também a regularidade intrassetorial para os casos em que o proponente já seja um agente setorial, comprovada com a apresentação do Certificado de Adimplemento emitido pela ANEEL e que tem por objeto determinadas obrigações iminentes ao setor de energia elétrica, dentre as quais as multas administrativas impostas pelo regulador e a taxa de fiscalização dos serviços.⁴³

A capacidade técnica é aferida com a apresentação de comprovante de registro e regularidade de responsável técnico da proponente junto à autarquia de fiscalização profissional de engenharia e comprovação de deter quadro de pessoal permanente, com vínculo empregatício, para execução dos trabalhos.

Na concorrência por serviços públicos desclassificam-se as propostas que necessitem de vantagens ou subsídios indisponíveis a todos os concorrentes, inclusive tributárias, porém a nacionalidade da empresa é o critério que desempata as propostas apresentadas em iguais condições, dando-se expressa preferência para as empresas brasileiras.

⁴² A participação de consórcio como proponente na licitação não se confunde com a delegação da atividade para o desempenho consorciado. No caso de certame de concessão de transmissão de energia elétrica é usualmente permitida a participação de consórcio na etapa licitatória, porém, uma vez adjudicado como vencedor, o edital exige que os consorciados constituam uma sociedade de propósito específico (SPE) para recepcionar a delegação. Nesta SPE, os sócios são as empresas antes consorciadas que, agora, manterão no capital social da nova sociedade, a participação que detinham no consórcio vencedor da licitação. A manifestação técnica da Superintendência de Fiscalização Econômica e Financeira da ANEEL sobre este assunto foi exarada pelo Memorando nº 1.435/2012 – SFF/ANEEL, com base em exame deste autor. No caso de leilões de concessão para aproveitamento hidrelétrico é usual a participação de proponente na qualidade de consórcio e a delegação da atividade feita também de forma compartilhada entre as pessoas jurídicas componentes do consórcio.

⁴³ A Resolução Normativa ANEEL nº 538, de 5 de março de 2013, estabelece procedimentos relativos ao Cadastro de Inadimplentes com Obrigações Intrassetoriais, bem como disciplina a solicitação e a emissão eletrônica do Certificado de Adimplemento.

No caso de autorizações - destinadas ao segmento de geração – as exigências para a delegação constam das Resoluções Normativas da ANEEL que tratam de procedimentos para autorização da pessoa jurídica levando-se em consideração a fonte de energia primária do empreendimento e o destino da energia a ser produzida – ao ambiente de contratação livre ou ao ambiente de contratação regulado - e cujos requisitos guardam similaridade com os das habilitações licitatórias acima tratadas.

O delegatário no regime de serviço público goza de liberdade administrativa e econômico-financeira, o que abrange a gestão, captação e aplicação dos recursos financeiros necessários à prestação do serviço, da qual tem obrigação de prestar contas ao Poder concedente e aos usuários, o que inclui o atendimento da exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária.

Neste regime, o delegatário tem direito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, que é mantida por reajustes e revisões tarifárias. Por outro lado, os ganhos de eficiência empresarial são apropriados pelo poder concedente em favor da modicidade tarifária, isto é, acarretando redução da tarifa.

A sustentabilidade econômico-financeira da delegação é objeto de permanente fiscalização cujo exercício inclui o acesso do poder concedente – e da ANEEL por delegação - aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Identificada a perda de condições econômicas, técnicas e operacionais para a manutenção do serviço pode-se intervir na gestão da concessão e, ao limite, extingui-la, situação extrema que também ocorre na desconstituição societária, na falência empresarial ou quando a concessionária, ao ser intimada, não comprovar sua regularidade fiscal no curso da concessão.

A exploração do serviço público em concomitância com o desempenho de outras atividades empresariais só é possível com a aquiescência do poder concedente, que predefine as possíveis fontes de receitas alternativas, as quais podem ser também capturadas, total ou parcialmente, em benefício da modicidade tarifária.⁴⁴

Para o caso das distribuidoras de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional, o desempenho de outras atividades empresariais é ainda mais restrito, com o fito de eliminar a contaminação de custos tarifários e riscos empresariais. A legislação veda que estas sociedades desenvolvam 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 esta regra, diversas distribuidoras foram obrigadas a proceder, em prazo estabelecido por Lei, 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.

Sobre os ativos das empresas, sua indisponibilidade alcança os bens utilizados exclusiva e permanentemente na produção, transmissão e distribuição de energia. Estes sofrerão reversibilidade ao poder concedente ao fim da concessão para assegurar a continuidade da prestação do serviço. A legislação permite que os ativos vinculados à prestação do serviço público sejam dados em garantia de empréstimo, financiamento ou qualquer outra operação vinculada ao objeto da respectiva concessão, entretanto a cessão ou sua alienação depende de anuência da ANEEL⁴⁵.

⁴⁴ Para 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.

⁴⁵ A Resolução da ANEEL nº 20, de 3 de fevereiro de 1999, Regulamenta a Desvinculação de Bens das Concessões do Serviço Público de Energia Elétrica. Esta resolução, que autoriza a alienação de bens inservíveis à concessão, está atualmente em processo de revisão pela ANEEL.

Da mesma forma, os direitos emergentes da concessão, abrangendo os de natureza indenizatória, isto é, as receitas a receber (créditos operacionais futuros) decorrentes do contrato de concessão podem ser dadas em garantias de operações de mútuo desde que a aplicação do recurso vincule-se ao serviço público e que o limite da garantia não comprometa a operacionalização e a continuidade de sua prestação⁴⁶.

A relação dos agentes setoriais com suas partes relacionadas, ou seja, com sociedades que detém laços societários entre si, também é tutelado pelo poder concedente e pelo regulador.

Assim, os atos e negócios jurídicos celebrados entre os concessionários, permissionários e autorizados e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum são alvo de controle prévio e posterior do regulador, que recebeu competência de impor restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato⁴⁷.

No caso de empréstimos financeiros de um agente setorial em favor de uma parte relacionada, restringe-se sua finalidade à aplicação dos recursos na esfera do serviço público.

O controlador societário do delegatário, via de regra, figura nos contratos de concessão de serviço público na qualidade de interveniente garantidor das obrigações da concessionária. Ele também se compromissa contratualmente a transferir o controle societário somente após a prévia anuência do Poder Concedente. A legislação, no mesmo sentido, estabelece que no processo administrativo que assunta uma transferência, o pretenso controlador deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, além de comprometer-se a cumprir o contrato de concessão nos termos firmados⁴⁸. Eventual transferência de controle sem a anuência prévia sujeita a concessão à caducidade.

A transferência de controle societário, bem como a de concessão, são também objetos de análise pelo regulador no que tange a sua competência para propiciar concorrência efetiva entre os agentes setoriais e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. Para tanto, o regulador pode estabelecer restrições, limites ou condições às empresas, grupos empresariais e acionistas.

A competitividade, por sua vez, permeou a arquitetura do modelo e exerce grande influência sobre o desempenho das sociedades empresárias, por redundar em eficiência de mercado. Examinando a adoção do instrumento, Coelho (1999, p. 194) afirma que:

No regime de Direito Privado o que garante o preço baixo e qualidade é a concorrência. As empresas, concorrendo entre si, irão conquistar o consumidor a medida em que oferecerem bens ou serviços equivalentes com qualidade melhor e preço mais baixo. Estamos vivendo uma mudança bastante significativa de um cenário em que preço baixo e qualidade eram seguidos através do sacrifício de toda a Sociedade para outro em que decorrem de competência empresarial. Assim, a qualidade do serviço de telefonia era deficiente porque explorado na lógica do Estado socializador de custos.

⁴⁶ A Resolução Normativa da ANEEL nº 532, de 14 de janeiro de 2013, disciplina o oferecimento de garantias por concessionárias, permissionárias e autorizadas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, propiciando condições para o desenvolvimento do mercado sem comprometimento da individualidade das delegações e da adequada continuidade dos serviços.

⁴⁷ A 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.

⁴⁸ A 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.

O interesse público para a exposição das empresas ao regime de concorrência nas atividades econômicas reservadas à União consta expressa no regime de serviço público⁴⁹. O poder concedente foi encarregado de incentivar a competitividade enquanto que a apropriação do ganho de competitividade é uma das diretrizes econômico-financeiras deste regime jurídico. Neste sentido, Turczin (2005, p. 208-209) expõe:

A nova função do Estado seria, em primeiro lugar, a de criar o mercado competitivo, uma vez que não existe ainda um mercado concorrencial de serviço público, em razão do regime monopolista anterior. [...] o Estado deve, inicialmente, dirigir a construção deste mercado, para que futuramente possa ele funcionar em regime de livre concorrência. Entretanto, é o Estado que possui a titularidade do serviço, podendo influir neste mercado para que ele não traga prejuízo ao direito dos usuários.

[...]

É importante esclarecer que a concorrência consiste, em resumo, na disputa pelo consumidor através do menor preço e pela melhor qualidade do produto. Para sua implementação, as agências reguladoras têm a função de garantir condições para que este mercado concorrencial funcione corretamente.

De fato, para os consumidores a concorrência tem substancial importância, tanto que a Lei lhes assegurou o direito de obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, devendo ser observadas as normas do poder concedente.

O estabelecimento de concorrência efetiva entre os agentes foi conferido à ANEEL, tendo a legislação lhe obrigado também a zelar pelo cumprimento da legislação da defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes⁵⁰. Neste sentido, Grotti (2004, p.77) explica que as agências:

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, visando atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controle de preços e da qualidade do serviço; a ‘regulação para a competição’, a fim de criar as condições para a existência e manutenção da concorrência, e a ‘regulação social’, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados.

Entretanto, Nusdeo (2006, p. 160-161) alerta:

Deve-se destacar que existe uma importante premissa para que se possa implantar concorrência em setores antes regulados: sua capacidade de efetivamente funcionar em sistemas de competição.

Com efeito, tradicionalmente, os setores de infra-estrutura eram definidos como *monopólios naturais*, isto é, uma atividade na qual os custos de produção por uma única empresa – em um determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa tendência até

⁴⁹ A competitividade se aplica quer seja para ingresso no mercado, como na concorrência licitatória, quer seja em atuação no mercado, como, por exemplo na livre contratação de fornecimento de energia elétrica, mediante a escolha do fornecedor, do preço e da quantidade a contratar. Quanto à quantidade, a produção está limitada à capacidade instalada autorizada pelo Poder Concedente.

⁵⁰ Segundo Forgioni (2010, p. 130) as práticas antitrustes “são classificadas conforme suas três principais manifestações [...]: (i) acordos horizontais e verticais; (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações.” A Resolução Normativa da ANEEL nº 378, de 10 de novembro de 2009, estabelece os procedimentos para análise de atos de concentração e infrações à ordem econômica no setor de energia elétrica.

alcançar toda a produção do mercado. Seus custos em regime de monopólio, assim, são inferiores aos que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois os altos custos exigem a produção em grande escala, e o mercado absorve apenas a oferta de uma empresa nesse nível de produção. Assim, seriam as próprias condições estruturais desses setores que impediriam a sua organização em regime de concorrência.

No caso brasileiro, por haver inviabilidade econômica de aplicação de regime de concorrência, no mercado, entre empresas de distribuição e entre as empresas de transmissão de energia elétrica, pois atualmente estas atividades se constituem em falha de mercado denominada monopólio natural, aquele “que surge porque uma única empresa pode oferecer um bem ou serviço ao mercado inteiro por um custo menor do que ocorreria se existissem duas ou mais empresas no mercado” (MANKIWI, 1999, p.312).

Porém, as atividades da indústria de energia elétrica foram subgrupadas em geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, em consonância com a cadeia produtiva, o que permitiu respostas regulatórias às peculiaridades de cada segmento⁵¹.

Assim, a geração de energia passou a ser comercializada em dois ambientes de contratação, o livre e o regulado. No primeiro, formado por consumidores livres com liberdade de escolha dentre fornecedores em competição por preço e quantidade e, no segundo, com consumidores cativos, obrigados a obter fornecimento via a concessionária de serviço público de distribuição atendente de sua localidade de consumo com base em preço tarifado. A comercialização de energia é intrínseca à delegação de geração de energia, pois o produtor sempre comercializa sua mercadoria, entretanto, tornou-se juridicamente uma atividade econômica autônoma e, por conseguinte, passou a ser objeto específico de delegação para pessoas jurídicas⁵².

2. ANUÊNCIA REGULATÓRIA ÀS ALTERAÇÕES DE ATOS CONSTITUTIVOS DOS AGENTES SETORIAIS

2.1 Aspectos Institucionais, Natureza Fiscalizatória e Finalidade da Tutela

A ANEEL, na sua missão estratégica de proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, exercita sua competência fiscalizatória promovendo, dentre outras, a atividade de anuência regulatória das alterações de atos constitutivos dos agentes setoriais.

Esta atividade integra a iniciativa, conforme o Caderno de Planejamento da Gestão Estratégica (ANEEL, 2011), de fiscalizar, por anuências prévias, os agentes do setor elétrico, analisando, instruindo e se manifestando sobre solicitações encaminhadas à ANEEL a respeito de operações empresariais e societárias sujeitas ao crivo do regulador. No âmbito organizacional, esta iniciativa compõe o subprocesso da fiscalização econômica e financeira dos agentes, no processo de semelhante denominação que constitui, ao lado de outros processos, o macroprocesso de fiscalização da geração, qualidade do serviço e econômico-financeiro.

⁵¹ Exemplos de medidas fundamentadas na especificidade de cada segmento se observam na diferença de método de precificação regulatória para cada etapa produtiva ou a possibilidade ou não de delegação em consórcio, ou ainda na imposição de desverticalização societária e a segregação de atividades no caso das distribuidoras de energia elétrica.

⁵² Confira-se o art. 2º da Resolução Normativa nº 265, de 13 de agosto de 1998, que estabelece as condições para o exercício da atividade de comercialização de energia elétrica: “Art. 2º A ANEEL autorizará o exercício da atividade de comercialização de energia elétrica a pessoa jurídica especialmente constituída para exercer tal atividade no mercado de livre negociação. § 1º Para obtenção da autorização a que se refere este artigo, o requerente deverá comprovar capacidade jurídica, regularidade fiscal e idoneidade econômico-financeira, apresentando os seguintes documentos: [...]”

A fiscalização prévia de uma operação empresarial ou societária sujeita à anuência da ANEEL é iniciada a requerimento do interessado. O pedido é processado e, após manifestação técnica, é deliberado. Tendo sido deferido, estará apto a ser implementado pelo requerente.

Esta fiscalização se caracteriza por anteceder a implementação da operação e se funda no caráter de difícil reversibilidade ao *status quo ante* de determinadas manobras quando firmadas, gerando risco a condução da delegação. A prévia análise destas operações pode assegurar a inoportunidade de operações regulatoriamente indesejadas - ilegais ou incompatíveis com os sinais regulatórios - evitando-se, antecipadamente, seus efeitos jurídicos.

A anuência às alterações de atos constitutivos tem como sede este contexto cautelar e o Superintendente de Fiscalização Econômica e Financeira (SFF) detém competência delegada pela Diretoria da ANEEL, para deliberar sobre os pedidos de alterações estatutárias dos concessionários de serviço público. Exemplo de deliberação é abaixo colacionado (BRASIL, 2014):

DESPACHO Nº 140, DE 21 DE JANEIRO DE 2014

O SUPERINTENDENTE DE FISCALIZAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, no uso das atribuições que lhe foram delegadas por meio da Portaria nº 1.047, de 9 de setembro de 2008, considerando o disposto na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, na Resolução Normativa nº 149, de 28 de fevereiro de 2005, nos Contratos de Concessão de Uso de Bem Público para Geração de Energia Elétrica nº 183, de 30 de julho de 1998, e nº 76, de 22 de setembro de 1999, e o que consta do Processo nº 48500.000205/2014-94, decide anuir à proposta, da Duke Energy International, Geração Paranapanema S.A., de alteração do seu Estatuto Social para redução de capital social em até R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), ressaltando que: i) deve ser dado integral cumprimento as disposições da legislação societária relativas à matéria; ii) a redução de capital deverá ser implementada em até 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação deste Despacho, sob pena de declínio da anuência concedida; e iii) deve ser observado o disposto no § 2º do art. 3º da Resolução Normativa nº 149/2005. ANTONIO ARAÚJO DA SILVA (BRASIL, 2014)

O resultado das deliberações é apresentado abaixo na Tabela 1 - Deliberação dos Pleitos de Anuência Prévia sobre Alterações de Atos Constitutivos entre 2003 e 2012⁵³:

Tabela I – Deliberação dos Pleitos de Anuência Prévia sobre Alterações de Atos Constitutivos entre 2003 e 2012

Ano	Deferidos	Indeferidos	Total	% Deferidos
2003	65	4	69	94,20%
2004	37	1	38	97,37%
2005	24	0	24	100,00%
2006	25	0	25	100,00%
2007	36	0	36	100,00%
2008	9	0	9	100,00%
2009	14	0	14	100,00%
2010	31	1	32	96,88%

⁵³ A competência consta da Portaria nº 1.047, de 9 de setembro de 2008 (BRASIL, 2008), nos seguintes termos: “IV - aprovar, nos termos do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, e do contrato de concessão, alterações estatutárias dos Concessionários do Serviço Público de Energia Elétrica;”

2011	15	0	15	100,00%
2012	20	0	20	100,00%
Total	276	6	282	97,87%

Fonte: Tabela adaptada e atualizada de tabela apresentada pelo autor em pesquisa anterior expressa na Nota Técnica nº 156/2012-SFF/ANEEL (BRASIL, 2012)

Quando a alteração cumulativamente envolve transferência de controle societário ou de delegação, a competência pela deliberação é promovida pela Diretoria.

A implementação de uma alteração sem o prévio deferimento ou desconforme ao que fora previamente anuído, caracteriza o descumprimento da obrigação e é fato sujeito a sanção administrativa aplicada pela ANEEL, conforme disposto no regulamento sobre processo administrativo punitivo.⁵⁴

Nos processamentos de anuência prévia são examinados inúmeros assuntos empresariais e societários de interesse regulatório que se relacionam com os atos constitutivos da sociedade, tanto pelo conteúdo das disposições contratuais quanto pelo impacto regulatório proporcionado por operações formalizadas via alteração dos atos constitutivos da sociedade delegatária.

Destacam-se, neste sentido, as operações formalizadas nas modificações de atos constitutivos a que podem redundar em risco ou prenunciar detrimento à delegação por alterar características econômico-financeiras da delegatária, como a redução de capital social ou incorporações ou cisões societárias, que levam ao redimensionamento do patrimônio da entidade, podendo afetar, dentre outros e quando cabível no regime jurídico adotado na delegação, o equilíbrio econômico e financeiro da delegação, a integridade de bens vinculados ao serviço e a continuidade de sua prestação.

Diversos aspectos societários e empresariais, apontados no item 1.4, guardam forte relação com os atos constitutivos, pois estes instrumentos da organização empresarial tratam de direitos e obrigações entre os sócios, da sociedade e entre os sócios e a sociedade, muito do que se empresta o direito regulatório para estruturar o controle dos delegatários. As disposições dos atos constitutivos têm uma variada gama de temas, ora por obrigação legal do direito de empresa, ora por livre opção volitiva dos sócios. Dentre os temas destacam-se os rumos de sua política de investimento e do nível e estrutura de governança corporativa a ser respeitado.

Exemplos de assuntos monitorados nos atos constitutivos pelo concedente seguem abaixo no Quadro 1 - Relação entre temas Regulatórios e Societários tratados em Atos Constitutivos:

Quadro 1 – Relação entre temas Regulatórios e Societários tratados em Atos Constitutivos

Regulatório	Societário
-------------	------------

⁵⁴ A Resolução Normativa ANEEL 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 gestão de recursos provenientes de encargos setoriais; Revoga a Resolução nº 318 de 06.10.1998. (BRASIL, 2004) Em seu Art. 7º estabelece que “Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo IV: [...] IX - proceder alteração do estatuto social, transferir ações que implique mudança de seu controle acionário, bem como efetuar reestruturação societária da empresa, sem a anuência prévia da ANEEL.

objeto da delegação (geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica), segregação de atividades empresariais e desverticalização exigidas pela legislação;	objeto social da empresa (atividade econômica), reestruturações societárias (cisão, fusão, incorporação);
prazo de delegação;	prazo da sociedade;
continuidade da prestação dos serviços;	regras da dissolução societária e a extinção societária;
capacidade econômica para o desempenho da atividade econômica, capital social mínimo exigido, patrimônio líquido mínimo exigido, obrigação de investimentos;	capital social, disposições sobre retirada de lucros, políticas de investimentos, aumentos de capital;
instrumentos da fiscalização econômica e financeira pelo regulador;	tipo societário e suas especificidades – como suas demonstrações contábeis obrigatórias;
monitoramento de falências e de regularidades jurídicas, fiscais; adimplência setorial; prestação de contas para o poder concedente;	prestação e aprovação de contas da gestão;
Acompanhamento da gestão, aplicação de penalidades (advertência, multa, intervenção, caducidade);	regras de administração e da estrutura e organização da sociedade; competências e atribuição dos administradores, níveis de governança corporativa;
responsabilidades regulatórias do controlador societário;	organização e composição do controle da sociedade;
tutela de questões econômicas e concorrenciais;	relação da sociedade com suas partes relacionadas (controladas, controladores e coligadas);
fiscalização técnico-operacional;	responsável técnico pela empresa, a sede e os estabelecimentos empresariais;
transferência do controlador societário, transferência da delegação;	Reestruturações societárias (cisão, fusão, incorporações societárias);
Risco de perda de condições econômicas e financeiras por modificação da situação patrimonial do delegatário;	Redução de capital social, reestruturações societárias;

Fonte: Elaboração do autor.

Como visto no capítulo anterior, a regularidade jurídica e as capacidades para desempenho da delegação são atestadas pelo concedente antes da outorga, quando devem ser cumpridas as condicionantes societárias e econômico-financeiras previstas especificamente nos editais de licitação, para os casos de concessão e permissão, e nas Resoluções Normativas da ANEEL que estabelecem as condições para delegação via autorização. Após a outorga, a observância da regularidade e das capacidades originalmente averiguadas devem permanecer respeitadas durante a prestação do serviço, o que fundamenta o reexame, sempre que conveniente e oportuno, de seu atendimento. Assim, os atos constitutivos são importante ferramenta para esta tutela, bem como suas alterações.

2.2 A Alteração de Atos Constitutivos

2.2.1 A Resolução Normativa nº 149, de 2005

A anuência da ANEEL é regida, especificamente, pela Resolução Normativa (REN) nº 149, de 28 de fevereiro de 2005, que estabelece os procedimentos para solicitação de anuência, pelos agentes prestadores de serviço de

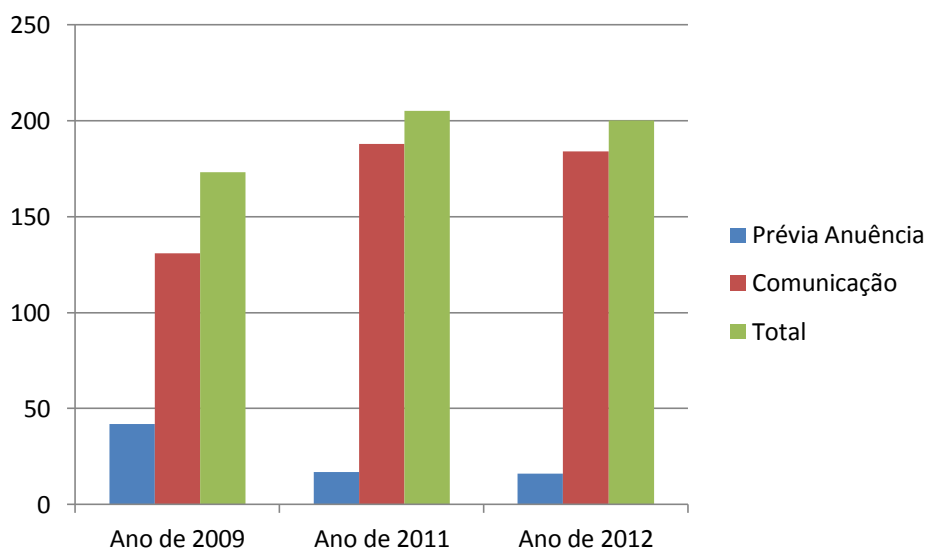
energia elétrica, para alteração de atos constitutivos, e indica os casos previamente autorizados (BRASIL, 2005)⁵⁵.

A sucinta norma de sete artigos foi editada para descentralizar, simplificar e uniformizar procedimentos, de modo a agilizar os processos e também para orientar os delegatários sobre os procedimentos e critérios a serem adotados para análise e aprovação dos pleitos⁵⁶.

Para atender aos objetivos, a REN Nº 149, de 2005, dispensou a prévia anuência de certas matérias, autorizando abstratamente sua implementação, pois “não trazem no seu bojo ônus para a concessão”, conforme consta do processo da referida normatização (BRASIL, 2005, p. 39). Contudo, para estes casos, criou-se a obrigação de comunicação à ANEEL da implementação da alteração após o registro e publicação no órgão competente. O rol de casos dispensados é taxativo e bastante restrito face ao universo de temas passíveis de disposição em um ato constitutivo. Dele se depreende a dispensa das alterações de nome empresarial, de sede, de aumento de capital social, de estrutura, organização e nomeação da administração e do conselho fiscal, de nomeação de procuradores, de composição societária sem transferência de controle societário, de mecanismos de gestão de assembleias-gerais e reuniões da administração e do conselho fiscal.

Para os demais casos, a norma requer a prévia anuência do regulador. Abaixo é apresentado o Gráfico I – Comparativo entre Pleitos de Prévias Anuências e Comunicações de Alterações de Atos Constitutivos nos anos de 2009, 2011 e 2012:

Gráfico I – Comparativo entre Pleitos de Prévias Anuências e Comunicações de Alterações de Atos Constitutivos nos anos de 2009, 2011 e 2012



⁵⁵ O processo também deve observar como regra geral o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e na Norma de Organização da ANEEL nº 11, Anexa a Portaria ANEEL nº 779, de 31 de outubro de 2007, que Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL nº 11, de 22 de abril de 2004, que trata dos procedimentos gerais referentes à gestão de processos e correspondências a serem observados na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. (BRASIL, 2007)

⁵⁶ O Processo ANEEL nº 48500.000097/2005-51, pesquisado diretamente, foi o que assuntou a normatização da anuência às alterações de atos constitutivos, que culminou na REN Nº 149. No preâmbulo da norma constam sinteticamente os objetivos considerados pela ANEEL para a normatização.

Fonte: Gráfico do autor com base em dados apurados pela SFF/ANEEL

Quanto à instrução processual, a Resolução dispôs sobre a regra de apresentação da comunicação e os prazos de regência. Quanto às matérias societárias, tratou em especial apenas do caso de levantamento de balanços intermediários de resultado econômico para declaração de dividendos, estabelecendo que a proposta de prévia anuência deva estar consubstanciada, e instruída, com estudos de viabilidade econômico-financeira, auditados por empresa independente que fundamentem a proposição. Porém, é factível também interpretar que o dispositivo estabeleça a obrigação material de que a cláusula estatutária ou do contrato social disponha a obrigatoriedade societária dos referidos estudos auditados para subsidiar a declaração de dividendos.⁵⁷

2.2.2 Âmbito de Aplicação e Fundamentação da Norma

A ementa da REN Nº 149, de 2005, prevê sinteticamente que o seu âmbito de aplicação alcança os agentes prestadores de serviço de energia elétrica. Embora a norma não tenha detalhado quais sejam tais agentes – os quais, em sentido amplo, podem ser tantos os geradores, os distribuidores, os transmissores e até os comercializadores de energia - em seu penúltimo dispositivo delimita que o regulamento se aplica às concessionárias do serviço público de energia elétrica e de uso do bem público, e que, para os demais agentes deve-se observar o previsto no respectivo contrato de concessão ou no ato autorizativo equivalente.

Quanto aos concessionários contratados em regime de serviço público, aos quais a norma prevê sua aplicação, há agentes setoriais sujeitos a este regramento nos segmentos distribuição, de transmissão e de geração de energia elétrica.

Contratos recentes deste regime, tendo como objeto a atividade de transmissão de energia elétrica, estabelecem como encargo⁵⁸:

submeter à prévia aprovação da ANEEL qualquer alteração do seu estatuto ou contrato social, transferência de ações do bloco de controle societário que implique mudança desse controle, bem como reestruturação societária da empresa.
(BRASIL, 2012)

Entretanto, determinados casos apresentam relevante discrepância de conteúdo em relação aos termos da cláusula acima apresentada, embora no mesmo regime jurídico de serviço público. Ocorrem casos onde há

⁵⁷ Vide o art. 4º da norma que estabelece que “A proposta de alteração de atos constitutivos que versem sobre levantamento de balanços semestrais, intermediários ou intercalares, visando declarar dividendos, deverá incluir necessariamente os resultados de estudos, auditados por empresa independente, contendo projeção dos fluxos de caixa que demonstrem viabilidade de sua implementação, com informações suficientes que suportem tal pretensão.” (BRASIL, 2005). Em que pese a dubiedade de interpretação que provoca, o contexto de adoção deste dispositivo na norma é de grande relevância histórica, pois, acompanhado do dispositivo que adverte sobre condicionamento da anuência da ANEEL para registro de alterações em órgãos competentes, ele foi um dos temas tratados reiteradamente junto aos agentes pela ANEEL, mesmo antes da norma, inspirando seus termos, a exemplo do Ofício nº 1.129/2003-SFF/ANEEL, de 30 de julho de 2003, levantado pelo autor em pesquisa direta. Este ofício determinada ao agente observar as mesmas condicionantes que restaram dispostas no art. 4º da norma, sob o pretexto de que a precipitação de distribuição de dividendos em decorrência de dividendos declarados intermediariamente podem afetar o equilíbrio econômico e financeiro da concessão, comprometendo a continuidade dos serviços. (BRASIL, 2003)

⁵⁸ A obrigação consta do Contrato de Concessão nº 16/2012-ANEEL, firmado entre a ANEEL, por delegação do Poder Concedente, e Furnas Centrais Elétricas S.A., da alínea “j”, do inciso I, da Décima Segunda Subcláusula, da Cláusula Quarta – Obrigações e Encargos da Transmissora.

conteúdo discorde no próprio segmento de atividade. O Quadro 2 – Comparativo da Obrigação sobre Atos Constitutivos das Concessionárias ESCELSA, LIGHT e ENERSUL, abaixo, evidencia e exemplifica esta pluralidade de disposições no tratamento da obrigação para as distribuidoras de energia de que trata:

Quadro 2 – Obrigação sobre Atos Constitutivos das Concessionárias ESCELSA, LIGHT e ENERSUL

	ESCELSA	LIGHT	ENERSUL
Cláusula:	s) submeter à aprovação prévia da CONCEDENTE qualquer alteração do estatuto social e as transferências de ações que impliquem mudança do controle acionário;	Os intervenientes anuentes declaram aceitar e submeter-se, sem qualquer ressalva, às condições e cláusulas deste contrato, obrigando-se a introduzir no estatuto social da concessionária disposição no sentido de não transferir, ceder ou de qualquer forma alienar, gratuita ou onerosamente, ações que impliquem a transferência do controle acionário majoritário da empresa concessionária, sem prévia anuência do poder concedente.	A concessionária obriga-se a submeter previamente ao poder concedente, qualquer alteração do estatuto social da Enersul, oneração ou transferência de ações, que implique em mudança de seu controle acionário.

Fonte: Elaboração do autor a partir de dados dos Contratos de Concessão nº 01/1995-DNAEE (BRASIL, 1995), nº 01/1996-DNAEE (BRASIL, 1996) e nº 01/1997-ANEEL (BRASIL, 1997).

Note-se, examinado o Quadro 2, a variabilidade de disposições, podendo, numa interpretação literal, se afirmar que as obrigações de prévia anuência dos atos constitutivos estabelecidas nos contratos da LIGHT e da ENERSUL estão restritas às circunstâncias que tenham como efeito a transferência de controle societário.

Tal variância pode ser imputada a evolução do tema no decorrer das contratações, como também por coexistirem múltiplas entidades formuladoras do texto dos contratos de concessão firmados, como o MME, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) e ainda a ANEEL, que por delegação do Poder Concedente tem figurado como signatária destes negócios jurídicos. Com efeito, padrões distintos de cláusulas vêm moldando o tratamento dado a matéria.

Quanto aos permissionários contratantes de serviço público, dos quais a REN nº 149, de 2005, formalmente não trata, há distribuidoras de energia neste regime, decorrentes do processo de regularização da eletrificação rural. Nestes, a obrigação contratual recebeu a seguinte disposição⁵⁹:

Cláusula Sétima – Obrigações e Encargos da Permissionária

[...]

Subcláusula Sexta. A permissionária fica obrigada a submeter previamente ao exame e aprovação da ANEEL, as propostas de alteração dos seus atos constitutivos, nas hipóteses, condições e procedimentos estabelecidos em regulamento específico. (BRASIL, 2010)

Quanto aos concessionários de uso do bem público sujeitos aos regimes de produção independente e de autoprodução de energia elétrica, a estipulação da obrigação também apresenta alternâncias. Enquanto os contratos de concessão de uso de bem público para geração no regime de produção independente de energia elétrica das Usinas Hidrelétricas de Jirau, de Belo Monte e de Teles Pires – empreendimentos estruturantes e relevantes para a segurança energética do País - não estabelecem a obrigação de anuência prévia para alteração

⁵⁹ Conforme Contrato de Permissão para Prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica nº 41/2010, firmada entre a União e a CRERAL – Cooperativa Regional de Eletrificação do Alto Uruguai.

de atos constitutivos dos concessionários, o contrato da Pequena Central Hidrelétrica Pacífico Mascarenhas, voltada a autoprodução assim estabelece⁶⁰:

A Concessionária compromete-se a submeter à prévia aprovação da ANEEL qualquer alteração estatutária, observada a regulamentação específica. (BRASIL, 2012)

Para as autorizadas no regime de produção independente e de autoprodução de energia inexistente a obrigação em caráter geral, vez que não fora estabelecida pela Resolução Normativa nº 389, de 15 de dezembro de 2009, que estabelece os deveres, direitos e outras condições gerais aplicáveis às outorgas de autorizações a pessoas jurídicas, físicas ou empresas reunidas em consórcio interessadas em se estabelecerem como Produtores Independentes de Energia Elétrica ou Autoprodutores de Energia de Elétrica, tendo por objeto a implantação e/ou a exploração de central geradora de energia elétrica.

Para os geradores hidrelétricos com contratos prorrogados com fulcro na recente Lei nº 12.783, de 2013, foram firmados Termos Aditivos para Geração de Energia Elétrica destinada às Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Interligado Nacional, que estabelecem a obrigação do concessionário submeter aos controles prévio e posterior da ANEEL a alteração do Estatuto ou Contrato Social, conforme disposto em regulamentação específica.⁶¹

Quanto aos agentes comercializadores de energia elétrica, exemplos de Resoluções Autorizativas publicadas no ano da edição da REN Nº 149, de 2005, não estabelecem obrigação de prévia anuência às alterações de atos constitutivos, assim dispendo⁶²:

Art. 2º Em decorrência da presente autorização, constituem obrigações da autorizada:

[...]

IV - comunicar a ANEEL as alterações que realizar no objeto social da Empresa, bem como as reestruturações societárias que acarretem mudança de controle da autorizada, no prazo de até 30 dias após proceder os respectivos registros legais. (BRASIL, 2005)

Como visto, a obrigação de prévia anuência não fora estabelecida com dispositivos uniformes dentre os diversos contratos e atos de delegação, havendo casos em que a obrigação sequer fora estabelecida. Verificam-se casos de disposições antagônicas entre delegatários do mesmo segmento de atividade, inclusive dentre agentes sujeitos a um mesmo regime jurídico, fazendo com que agentes semelhantes tenham tratamentos desiguais: uns com a obrigação contratual de submeter as alterações de atos constitutivos ao prévio exame da Agência enquanto outros não.

A REN Nº 149, de 2005, por outro lado, não restringe sua aplicação ao caso a caso previsto nos atos ou contratos de delegação, pois direciona a obrigação de forma cogente, imperativa e indistinta a todas as

⁶⁰ Os contratos de concessão de uso de bem público para geração no regime de produção independente de energia elétrica das Usinas Hidrelétricas de Jirau, de Belo Monte e de Teles Pires são, respectivamente, os de números 02/2008-MME (BRASIL, 2008), 01/2010-MME (BRASIL, 2010), 02/2011-MME (BRASIL, 2011). O contrato da Pequena Central Hidrelétrica Pacífico Mascarenhas é o de nº 03/2012-ANEEL (BRASIL, 2012).

⁶¹ Confira-se o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 02/2012-ANEEL, em sua Cláusula Décima, inciso XV, item (i). (BRASIL, 2012)

⁶² As Resoluções Autorizativas nº 117, de 28 de março de 2005 (BRASIL, 2005), nº 224, de 13 de junho de 2005 (BRASIL, 2005), e nº 244, de 27 de junho de 2005 (BRASIL, 2005), respectivamente da Cemig Trading S.A., McEnergia Comercializadora de Energia Ltda e MLV 2004 Solução em Energia Ltda, são exemplos de autorização de comercializadoras que contém o dispositivo colacionado.

concessionárias de serviço público (de geração, transmissão, distribuição) e a todos os concessionários de geração usuários de potencial hidráulico (bem público), conjunto no qual se constatou diversidade de disposições contratuais sobre a obrigação. Por obrigar indeterminadamente, faz crer que a origem da obrigação tem outro fundamento, de origem extracontratual, capaz de basear a obrigação mesmo que não prevista expressamente no ato ou contrato.

Já as autorizadas de geração e de comercialização dependem, segundo a norma, do que estabeleça o respectivo ato, respeitando-se, para este conjunto, a casualidade da obrigação conforme estipulada para cada delegatário. Ao vincular a subsunção da norma ao que dispõe o ato de delegação, a norma faz crer que inexistente outra fonte obrigacional extracontratual para a matéria, pois, se existisse, a tornaria indisponível para a Administração Pública, cabendo a esta exigir o cumprimento da obrigação estabelecida, sem reduzi-la.

A natureza de tais inconsistências parece ter sede na compreensão de qual seja a natureza da obrigação a ser imputada aos diversos delegatários: se o agente setorial está ou não sujeito à anuência prévia do regulador para promover suas alterações dos atos constitutivos, quer seja pela previsão contratual ou do ato de delegação, quer seja por disposição expressa na lei, ou dela decorrente, que estipule esta regra em razão da atividade econômica ou do regime jurídico estabelecido na outorga.

Ocorre que se a obrigação de anuência decorrer de Lei, aplicando-se a todos os segmentos da atividade ou a determinados regimes jurídicos, a REN Nº 149, de 2005, não teria o condão de restringir sua aplicação a um conjunto mais restrito de destinatários ou de ampliar a delimitação legal. Por outro lado, se for de natureza meramente contratual ou de disposição unilateral constante de ato de autorização, o âmbito de aplicação da REN Nº 149, de 2005, deve se destinar estritamente a estes agentes, na forma prevista na outorga.

A fundamentação legal considerada para edição da norma deveria ser suficiente para dirimir tal questão, entretanto seus dispositivos não exaurem a questão. A base legal constante do preâmbulo da norma foi tratada no processo de edição da REN Nº 149, de 2005, em dois parágrafos, um tratando de normas setoriais e outro tratando de normas societárias, sendo o primeiro nos termos, a saber:

A competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para regulamentar o assunto está definida no art. 2º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no inciso VI, do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos incisos IV e XV do art. 4º, do Anexo I, do Decreto no 2.335, de 06 de outubro de 1997. (BRASIL, 2005)

Quanto ao art. 2º da Lei nº 9.427, de 1996, este não dispõe especificamente sobre obrigação de atos constitutivos. Este artigo tão somente apresenta a finalidade da ANEEL de regular e fiscalizar as atividades, consoante às políticas e diretrizes do governo federal, já examinada no capítulo anterior deste trabalho.

Já o inciso VI, do art. 29 da Lei nº 8.987, de 1995, também não trata especificamente da obrigação, pois apenas dispõe sobre o cumprimento das disposições regulamentares do serviço e das cláusulas contratuais da concessão, incumbindo ao Poder Concedente a missão de se fazer cumprir estas normas.

Por fim, o inciso IV extraído do Anexo do Decreto nº 2.335, de 1997, igualmente não trata especificamente da obrigação pesquisada, se referindo à competência geral da agência para regular os serviços de energia elétrica bem como lhe reservando o direito de emitir os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor. Porém, o outro inciso (XV) lhe dá competência para imprimir o cumprimento das disposições regulamentares do serviço e das cláusulas dos contratos de concessão e de permissão e dos artigos dos atos de autorização.

Este conjunto de dispositivos do preâmbulo da norma ora se referem ao poder normativo e regulador da Agência, ora se vinculam a sua específica competência para promover o alcance de todos os termos da delegação, incluindo aqueles referentes às alterações de estatutos e contratos sociais dos agentes setoriais. Como visto, a redação de determinados modelos de cláusulas contratuais sobre atos constitutivos estabelecem que as alterações serão submetidas à ANEEL de acordo com o regulamento específico do assunto.

Entretanto, na pesquisa apresentada nos capítulos antecedentes, não se identificou, dentre os dispositivos da Lei nº 8.987, de 1995, da Lei nº 9.074, de 1995, ou Lei nº 9.427, de 1996 - as quais integralmente reformularam o arcabouço jurídico da relação delegatária no setor -, a específica e expressa obrigação legal aos delegatários, em nenhum regime legal previsto, de submeterem ao poder concedente ou ao regulador as suas alterações dos atos constitutivos.

Da mesma forma, o decreto de constituição da ANEEL não lhe atribuiu diretamente competência específica para deliberar sobre a citada prévia anuência.

Por outro lado, como já mencionado, tal obrigação consta, caso a caso, no contrato ou nas autorizações para delegação de atividade. Ademais, determinadas matérias como transferências de controle societário, possíveis de serem aperfeiçoadas via alteração de atos constitutivos, foram expressamente reservadas pela Lei à prévia anuência do concedente ou do regulador, porém a REN Nº 149, de 2005, não se restringe a tais casos, abrangendo toda e qualquer alteração dos atos constitutivos.

Sobre a legislação, a ANEEL consignou no processo da normatização que:

A legislação setorial prevê as movimentações societárias das concessionárias de energia elétrica e demais agentes, sendo que as recentes incorporações, cisões e reestruturações societárias e financeiras provocam contínuas alterações estatutárias, dos contratos sociais ou dos documentos equivalentes [...]. (BRASIL, 2005)

O trecho, demasiadamente amplo ao se referir da legislação setorial, é parco na comprovação legal de dispositivos específicos oriundos das leis que refundaram os regimes jurídicos de delegação do setor elétrico. De qualquer sorte, subsistem para amparar à mencionada legislação setorial as previsões contratuais e dos atos de delegação.

A segunda parte da fundamentação apresenta disposições imanentes à legislação societária, fazendo menção às normas gerais do regime de autorização do poder executivo para constituição e funcionamento da sociedade:

Em relação à obrigatoriedade de autorização do Poder Concedente para alterações de atos constitutivos de agentes do setor está definida no § 5º do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, bem como nas já citadas Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 118, com nova redação dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001 e no Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), art. 1.133. (BRASIL, 2005)

Tanto o dispositivo citado do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, que dispõe sobre sociedade por ações, quanto o dispositivo do Código Civil, fazem parte das legislações de regência geral do instituto de autorização do Poder Executivo para constituir e funcionar sociedades.

Por serem pressupostos legais consignados como motivos da vigente REN Nº 149, de 2005, indicam que o setor elétrico está sujeito à referida autorização.⁶³ Entretanto, em que pese à presunção de legitimidade da norma, uma interessante questão que desponta, é investigar sua aplicabilidade ao setor elétrico após as mudanças provocadas pelos novos regimes de delegação, pois a submissão setorial à referida autorização não consta expressa das novas Leis aplicáveis ao setor elétrico.⁶⁴

⁶³ Segundo Di Pietro (2005, p. 191) “A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presume-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.”

⁶⁴ Para Di Pietro (2005, p. 203) “Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.”

Embora a base legal da REN Nº 149, de 2005, se fundamente somente em regras gerais sobre o instituto examinado, é possível identificar, por meio de levantamento histórico, a existência de vasta legislação específica sobre a matéria, aplicável ao setor de energia no decorrer do modelo predecessor, cuja análise de vigência torna-se necessária em razão da transição do modelo, tarefa também realizada no capítulo que segue.

Por fim, consta ainda da base legal da REN Nº 149, de 2005, o artigo 118 da Lei de Sociedades Anônimas. Ele trata de acordos de acionistas, estipulando que os mesmos devem ser observados pela companhia quando arquivados em sua sede⁶⁵. Para Siqueira (2004, p. 154) o acordo é uma forma de vinculação acionária cuja inovação foi introduzida pela Lei das Sociedades Anônimas no direito societário brasileiro, utilizado como instrumento de associação e vinculação de voto, com a fito de exercício de poder de controle societário⁶⁶.

O motivo da menção do dispositivo na base legal da REN Nº 149, de 2005, não é conhecido, muito menos detalhado nos autos do processo de edição da referida norma. É cediço o liame entre o acordo bilateral e a tutela regulatória do controle societário, tema caro à regulação. Todavia, é instrumento jurídico de natureza parassocial, arquivado na companhia e passível de formalização sem a participação integral dos sócios, portanto, não está listado na legislação societária dentre os documentos vinculados aos atos de constituição da companhia⁶⁷. Diante deste contexto, é inexequível correlacionar o dispositivo com o objeto da norma: atos constitutivos.

3. A AUTORIZAÇÃO DO PODER EXECUTIVO PARA CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE SOCIEDADES NO SETOR ELÉTRICO

3.1 O Regime Geral da Autorização: o Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, e o Código Civil.

A autorização para funcionar sociedades é um tema de natureza societária e tem como fontes legais (gerais) o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que dispõe sobre as sociedades por ações, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, e o Código Civil.

Tais diplomas não discriminam quais as sociedades especificamente dependem de autorização em razão das atividades econômicas constantes de seu objeto social, se restringindo a definições e procedimentos gerais aplicáveis nos casos dependentes deste ato administrativo.

O Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, foi expressamente revogado com a edição da Lei nº 6.404, de 1976. Entretanto, conforme estabeleceu o art. 300 desta última, a revogação não se aplicou ao decreto-lei quanto ao

⁶⁵ Confira-se o *caput* do Art. 118. da Lei nº 6.404, de 1976: “Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (BRASIL, 1976)

⁶⁶ Historiou (SIQUEIRA, 2004, p. 154-155) que o instrumento já era praticado antes da Lei, porém tinha sua validade frequentemente questionada judicialmente. Para Pedreira e Lamy filho (*apud* SIQUEIRA, 2004, p. 156). A razão básica para seu acolhimento na Lei é sua importância para a vida comercial, pois sua ausência causa abusos e malefícios; Torna-se uma alternativa à constituição de *holding* e ao acordo oculto, representando um ponto médio entre estes, somando-se as vantagens legítimas que ambos podem representar, sem os inconvenientes que suscitam à companhia e aos sócios; uma vez averbado é oponível a terceiros e tem execução específica.

⁶⁷ A Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404, de 1976, em seu art. 94, estabelece a obrigatoriedade de arquivamento e publicação dos atos constitutivos. Nos artigos seguintes, 95 e 96, prevê a constituição ou por assembleia - com a formalização de estatuto, atas das assembleias, depósito financeiro de constituição e relação de fundadores – ou por Escritura Pública, nesta bastando o arquivamento da certidão do instrumento.

seu Capítulo VIII – “Da Sociedade Anônima ou Companhia cujo funcionamento depende de autorização do Governo, Sociedades Anônimas ou Companhias Nacionais e Estrangeiras”⁶⁸ (BRASIL, 1976).

O capítulo sedia os artigos 59 a 73, dentre os quais está o art. 61, que trata do requerimento de autorização para funcionamento das sociedades nacionais. Este é complementado pelo seu §5º, que estabelece que “qualquer alteração ou modificação dos estatutos sociais dependerá de aprovação do Governo Federal.”⁶⁹(BRASIL, 1940). Este parágrafo consta expressamente na fundamentação da REN Nº 149, de 2005.

No art. 61 são listados os documentos necessários para a instrução de pedido de autorização ao Governo Federal para funcionamento das sociedades nacionais, dentre os quais se elencam o projeto dos estatutos e o documento de comprovação da constituição da sociedade (ata de assembleia ou escritura pública). Seus demais parágrafos dispõem que o Governo pode determinar alterações e aditamentos aos estatutos e que, concedida a autorização por decreto do Governo Federal, os atos serão arquivados no registro de comércio.

A sociedade nacional é a destinatária do art. 61, e a definição do que seja esta sociedade está prevista no art. 60, que para Lamy Filho (1996, p. 194), no âmbito do decreto, tem natureza de norma geral sobre nacionalidade das sociedades mercantis, sendo aquelas organizadas em conformidade da lei brasileira e que tem no País a sede de sua administração. O parágrafo único deste dispositivo dispõe sobre os procedimentos especiais a serem adotados nos casos em que a lei exigir a nacionalidade brasileira dos acionistas.

O Capítulo VIII Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, também dispõe que a competência de deliberação da autorização é exclusiva do governo federal, que pode recusá-la caso a sociedade não satisfaça as condições econômicas, financeiras especificadas na lei ou quando sua criação contrariar os interesses da economia nacional. Estabelece, para os casos de constituição de sociedade nacional por subscrição pública de capital, que além de autorização para funcionamento, se exige prévia autorização para constituição da sociedade. Ademais, prescreve que a sociedade não pode mudar a nacionalidade sem consentimento unânime dos sócios, e estabelece que a autorização está sujeita à cassação na hipótese de infração à disposição de ordem pública ou prática de atos contrários aos fins declarados nos estatutos ou nocivos à economia nacional. Por fim, o capítulo dispõe também sobre sociedades estrangeiras.

Porém, segundo Modesto Carvalhosa (2009, p. 569–570) os artigos 59 a 73 que tratavam da nacionalidade das sociedades e regras para sociedades dependentes de autorização para funcionar, permaneceram vigentes até o

⁶⁸ O art. 300 da, estabelece que “Ficam revogados o [Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940](#), com exceção dos [artigos 59 a 73](#), e demais disposições em contrário.” (BRASIL, 1976).

⁶⁹ Confira-se o Art. 61. O requerimento ou pedido de autorização das sociedades nacionais deve ser acompanhado: a) do projeto dos estatutos; b) da lista dos subscritores, organizada como se prescreve em o art. 42; c) do documento comprobatório do depósito, em dinheiro, da décima parte do capital, se maior percentagem não for exigida pela lei especial (art. 38); d) de cópia autêntica da ata da assembleia de constituição ou certidão da escritura pública, se por essa forma se houver constituído a sociedade. § 1º O Governo poderá determinar alterações ou aditamentos nos estatutos da sociedade. Verificada tal hipótese, os fundadores convocarão os subscritores, afim de que deliberem, em assembleia, que funcionará na forma prevista no art. 44, sobre as alterações ou aditamentos exigidos pelo Governo; aprovadas as alterações ou aditamentos, os fundadores juntarão ao processo de autorização cópia autêntica da ata. § 2º O Governo poderá ordenar que a sociedade, cumpridas as formalidades legais para o seu funcionamento, promova, na Bolsa de Valores da Capital da República, a cotação de seus títulos. Essa determinação é obrigatória para as sociedades que gozem, ou venham a gozar, de favores do Governo Federal. § 3º Concedida a autorização, o respectivo decreto e os demais atos a que alude este artigo deverão, mediante certidões passadas pela repartição competente e dentro de 30 (trinta) dias, depois de pagos os emolumentos e impostos devidos, ser publicados no órgão oficial da União, do qual se arquivará um exemplar no Registo do Comércio da sede da sociedade. § 4º A certidão do arquivamento será publicada no referido órgão oficial. § 5º Qualquer alteração ou modificação dos estatutos sociais dependerá de aprovação do Governo Federal. (BRASIL, 1940)

início da vigência do Código Civil, quando restaram revogados, integralmente substituídos que foram pelos termos similares dos artigos 1.123 a 1.141 da nova lei comum.

Tendo sido derogados no ano de 2003, tais dispositivos do Decreto-Lei não teriam o condão de fundamentar a REN Nº 149, editada no ano de 2005, bem como basear os termos da delegação de competência ao Superintendente de Fiscalização Econômica e Financeira para a deliberação dos casos, ocorrida no ano de 2008.⁷⁰

Ainda que estivessem vigentes, tais dispositivos não impõem a obrigação do regime especificamente às sociedades do setor elétrico, não sendo capazes por si só de fundamentar o estabelecimento de tal dever na norma infralegal ora estudada.

Por sua vez, os artigos acima apontados por Carvalhosa, constam do Código Civil, em seu Capítulo “Da Sociedade Dependente de Autorização” (BRASIL, 2002), tendo por objeto a legislação geral vigente sobre a regência das sociedades que dependem de autorização para funcionar.

A nova regra, íntima e semelhança com a anterior, comporta, segundo Fiuza (2006, p. 926), dois regimes de constituição, um de livre criação – para a sociedade que pode ser constituída para o desempenho de qualquer atividade não sujeita a regime especial determinado em lei - e o de autorização – um sistema de outorga em virtude de relevantes razões de interesse público, como nos casos de instituições financeiras, seguradoras, transportadores aéreos, cuja peculiaridade exige a autorização do Poder Público. Fiuza (2006, p. 26) considerando a competência privativa da União de legislar sobre normas de direito civil e comercial, entende que “ao Poder Executivo Federal deve também competir autorizar a constituição de sociedades sujeitas a regime especial de funcionamento e fiscalizar o cumprimento das leis e regulamentos especiais que por estas devem ser observadas.”

Para disciplinar a matéria, o capítulo se subdivide em três seções: I – Disposições Gerais (1.123 a 1.125); II – Da Sociedade Nacional (art. 1.126 ao 1.133); e III – Da Sociedade Estrangeira (art. 1.134 ao 1.141).

Nas disposições gerais são apontados os destinatários das disposições do título, ali caracterizados tão somente como as sociedades que dependem da referida autorização. Além disso, constam os elementos a serem observados tanto pela sociedade nacional dependente de autorização quanto pela sociedade estrangeira.

Para as sociedades nacionais não há especificação expressa de quais sejam as sociedades sujeitas ao rito em razão de seu objeto social, tornando imperativo que esta previsão tenha sede em legislação especial. Entretanto, para a sociedade estrangeira estabeleceu-se a obrigação da autorização para todas, independente de qual seja o objeto social, permitindo a estas – salvo previsão legal diversa – ser acionista de sociedade anônima brasileira.

Como examinado no primeiro capítulo desta pesquisa, a legislação aplicável do setor elétrico não vedou a possibilidade de delegação à sociedade estrangeira, porém, atualmente, os editais de licitação e as normas de autorização tem requerido, para a outorga, a constituição de uma sociedade nacional subsidiária da estrangeira habilitada no processo. Por sua vez, a REN Nº 149, de 2005, se baseia, somente, em dispositivo destinado à sociedade nacional dependente de autorização.

Nesta seção, a sociedade nacional é definida no art. 1.126 como sendo aquela organizada de conformidade com a lei brasileira e com sede de sua administração no Brasil. Seu parágrafo único prevê que, quando a lei exigir nacionalidade brasileira dos sócios, a regra será a emissão de ações nominativas a fim de identificar seus proprietários e adiciona que, independente do tipo societário, deverá a sociedade manter prova comprobatória da nacionalidade dos sócios.

Barbosa Filho (2011, p. 1.104) explica que este parágrafo único ressalta uma completa excepcionalidade para determinadas sociedades nacionais, como no caso de emissoras de rádio e televisão ou empresas jornalísticas,

⁷⁰ Vide nota de rodapé nº 53.

para as quais, em razão de peculiaridades da atividade econômica desempenhada e atendendo expressa disposição legal, “estarão sujeitas a outro nível de exigências para serem constituídas, isto é, seu quadro social deverá apresentar uma configuração específica e, obrigatoriamente, todos ou alguns sócios terão de ser brasileiros.”

Havendo, portanto, lei específica que exija o requisito jurídico da nacionalidade brasileira de determinados sócios ou da nacionalidade da própria sociedade para o exercício de determinada atividade econômica, bem como que estabeleça condições econômicas e financeiras para tal, torna-se imperioso que o poder público fiscalize tal prescrição. Realizando previamente a autorização, o Poder Executivo pode, com o indeferimento da autorização, obstar o nascimento e, por conseguinte, a atividade da pessoa jurídica, impedindo efeitos jurídicos e patrimoniais indesejados caso as sociedades chegassem a funcionar.

Cabe privativamente ao Poder Executivo emitir o referido ato de autorização, após processar o requerimento. A ele é facultado exigir alterações ou aditamentos no contrato ou no estatuto, podendo recusar a autorização se a sociedade não atender aos requisitos econômicos, financeiros e jurídicos especificados em lei. Ao Poder Executivo também é dada a possibilidade de cassar a autorização, a qualquer tempo, em caso da autorizada infringir disposição de ordem pública ou a prática de atos contrários aos fins estatutários.

Os documentos necessários ao exame das condições estabelecidas são os atos constitutivos da sociedade, os quais devem acompanhar e instruir o requerimento de autorização da sociedade, conforme art. 1.128 do Código Civil⁷¹. Segundo Rizzardo (2012, p. 1033) “Trata-se, aqui, de autorização para o funcionamento, pressupondo-se já constituída a sociedade, tanto que exigida a apresentação de cópia do contrato.”⁷². E desta feita, as condicionantes a serem aferidas se referem e se limitam às informações constantes em tais atos.

Decretada a autorização, a sociedade - constituída e autorizada - leva seus atos constitutivos ao registro, se habilitando a funcionar⁷³. A autorização veiculada pelo Decreto caduca decorridos doze meses, conforme prazo estabelecido no Código Civil.

Nos casos de sociedades anônimas dependentes da autorização para funcionar e que serão capitalizadas mediante subscrição pública, a lei estabelece que, não só o funcionamento, mas a própria constituição da

⁷¹ Confira-se o Art. 1.128 do Código Civil: O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos pela lei especial. Parágrafo único. Se a sociedade tiver sido constituída por escritura pública, bastará juntar-se ao requerimento a respectiva certidão. (BRASIL, 2002)

⁷² Tanto para Coelho (2012, p. 76) quanto para SILVA (2008, p. 267) a constituição de sociedades são informadas pelo princípio constitucional de liberdade de associação (art. 5º, XVII da Constituição Federal) do qual se desdobram, segundo SILVA (2008, p. 267), em quatro direitos: o de criar associação, que não depende de autorização, o de aderir a qualquer associação, o de desligar-se da associação e o de dissolver espontaneamente a associação.

⁷³ Aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços é considerado empresário pela legislação civil brasileira, sendo obrigatória sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis antes do início da atividade, a qual pode restringir-se a um ou mais negócios determinados. Conforme dispõe o Art. 45 do Código Civil, “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” (BRASIL, 2002). Coelho (2012, p. 32-35) entende que o fato do registro demarcar o nascimento da pessoa jurídica atribui segurança jurídica à publicidade do novo sujeito de direito. Destarte, dos efeitos desta personalização derivam consequências relacionadas a atribuição de direitos e obrigações a estes novo sujeito, que terá titularidade obrigacional, titularidade processual e a responsabilidade patrimonial. Coelho (2012, p 35) registra seu entendimento que, a rigor, no momento em que os sócios passam a atuar em conjunto, ainda que sob contrato verbal, pode-se considerar formada a pessoa jurídica.

sociedade depende de autorização do Poder Executivo, sendo o processo instruído com o projeto do estatuto e do prospecto⁷⁴.

O art. 1.133, também constante da seção da sociedade nacional, é um dos dispositivos utilizados como fundamento da REN Nº 149, de 2005:

Dependem de aprovação as modificações do contrato ou do estatuto de sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo, salvo se decorrerem de aumento do capital social, em virtude de utilização de reservas ou reavaliação do ativo. (BRASIL, 2002)

Uma interpretação literal deste artigo, isolada e desconexa, com alvo a fundamentar sua autoaplicação ao setor elétrico, pode implicar grande equívoco.

Os termos aprovação e autorização têm diversas acepções e, como visto no primeiro capítulo, são utilizados na legislação do setor elétrico para diversos fins específicos. Como exemplo, podem ser sinônimos de anuência. Pode a autorização ser também uma das formas de se delegar o desempenho da atividade, ou ainda, num sentido mais amplo desta, a designação do gênero do conjunto das formas de delegação: abrangendo concessão, permissão e autorização estrito senso.

A autorização do poder executivo para funcionar uma sociedade se distingue da autorização como forma de delegação de atividade econômica, pois, conforme ensina Roque (2006, p. 375) a autorização para funcionar uma sociedade não se confunde com a concessão, pois a primeira serve para que uma sociedade possa desenvolver determinada atividade delicada, enquanto a concessão é dada para o exercício de determinado tipo de serviço, a exemplo do transporte público municipal, para o qual as empresas não precisam de autorização do Governo para funcionar, mas sim para exercer aquele serviço. Ademais, Roque (2006, p. 375) acrescenta que “A autorização do Governo é ato privativo do Governo Federal; a concessão pode ser dada pela Prefeitura ou pelos Estados.”

Ademais, o fato de a ANEEL integrar a Administração Pública Federal, vinculada ao Poder Executivo por meio do Ministério de Minas e Energia, pode levar equivocadamente ao entendimento de que o artigo a ela se destina pelo fato desta autorizar o exercício de atividades econômicas nos casos em que detém competência para tal. Entretanto, o art. 1.131 do Código Civil estabelece que a autorização para funcionar se dá por meio de decreto, que é uma forma de ato administrativo não emanado por Agência Reguladora, mas sim, segundo DI PIETRO (2005, p. 222), pelo chefe do Poder Executivo.

A aprovação a que se refere o art. 1.133, na verdade, nada mais é que uma nova autorização do Poder Executivo para que a sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo a funcionar, possa alterar o conteúdo do seu estatuto ou contrato social anteriormente aprovado.

O dispositivo serve à efetividade da autorização para funcionamento da sociedade, assegurando a conformidade legal também nas alterações societárias supervenientes à autorização, mantendo-as igualmente conformes, tal qual no exame inicialmente promovido pelo Poder Executivo. Segundo Fiuza (2006, p. 932) durante todo o período de funcionamento deve-se manter as condições da “autorização inicial, atentando que alterações nos atos constitutivos podem implicar o descumprimento de exigências da legislação própria. A nova análise evita, pois, que eventuais alterações sejam fonte de burla das restrições inicialmente impostas.

⁷⁴ Confira-se o Art. 1.132. que dita “As sociedades anônimas nacionais, que dependam de autorização do Poder Executivo para funcionar, não se constituirão sem obtê-la, quando seus fundadores pretenderem recorrer a subscrição pública para a formação do capital. § 1º Os fundadores deverão juntar ao requerimento cópias autênticas do projeto do estatuto e do prospecto. § 2º Obtida a autorização e constituída a sociedade, proceder-se-á à inscrição dos seus atos constitutivos.” (BRASIL, 2002)

Assim, o controle das alterações dos atos constitutivos estabelecida pelo art. 1.133 do Código Civil é um corolário do controle dos atos constitutivos daquelas sociedades sujeitas ao exame originário de autorização para poder funcionar.

Pelo fato do capítulo do Código Civil não expressar especificamente quais sociedades carecem da autorização para funcionamento, a legislação geral ora examinada não detém o condão, *per se*, de fundamentar a obrigação das sociedades nacionais de energia elétrica submeterem suas alterações de atos constitutivos ao prévio exame do Poder Executivo, quiçá basear a instituição da obrigação na REN Nº 149, de 2005, exclusivamente no art. 1.133 do Código Civil.

Desse modo, se faria necessário uma lei específica complementando a geral. Entretanto, como já analisado, inexistente tal obrigação constituída nas Leis que edificaram os novos regimes jurídicos de delegação. Logo, resta examinar se tal disposição existe, e vige, em legislação especial do tema destinada ao setor elétrico.

3.2 O Regime Específico Aplicado ao Setor Elétrico

No âmbito da legislação específica, diversos preceitos vincularam o setor elétrico ao instituto de autorização do poder executivo para constituir ou funcionar sociedades. Eles constam em Constituição, Decretos-Lei e Decretos, nos quais se impuseram restrições e condições de natureza societária às empresas de energia. É preciso, no entanto, averiguar a vigência de tais mandamentos, mormente porque não consta da REN Nº 149, de 2005, nenhum dispositivo desta natureza de legislação especial.

A característica marcante das restrições desveladas na legislação específica do setor é a exigibilidade de nacionalidade da empresa de energia elétrica ou da nacionalidade de seus sócios, elemento indicado por Barbosa Filho (2011, p. 1.104) como necessário para surgir restrições ao funcionamento societário. Derivando deste aspecto, há na legislação condições de nacionalidade também exigidas de controladores societários, administradores, gerentes e até de trabalhadores das empresas do setor.

A exigibilidade de nacionalidade brasileira está atrelada à noção de soberania brasileira que vigeu durante todo o século XX, período em que, segundo Lamy Filho e Pedreira (1996, p. 193) as constituições brasileiras adotaram critérios diversos para definir o conceito de nacionalidade da pessoa jurídica. A própria Constituição vigente já foi objeto de duas modificações destes critérios, cuja relevância para o setor elétrico será adiante aprofundada.

As condições impostas à constituição e ao funcionamento societário são ressalvas que, indiretamente, retardam e restringem o início do desempenho da sua atividade econômica, pois as etapas de constituição societária e funcionamento societário são pré-requisitos ao exercício da atividade econômica. Assim, a constituição, o funcionamento societário e sua natural defluência, demarcada pelo começo da atividade econômica propriamente dita, são restringíveis pelo Estado, cumulativa ou isoladamente, de acordo com sua intensidade intervencionista na atividade econômica, a qual variou no decorrer dos tempos.

O início do século passado, por exemplo, foi marcado pelo refreamento ao liberalismo, o que afetou profundamente o setor elétrico. Esta postura estatal influenciou as regras de transmissões de propriedade dos rios e dos aproveitamentos hidrelétricos, que, antes privados, foram cambiados à categoria de bens públicos, e, de igual forma, são hoje caracterizados pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Assim, já no início da década dos anos 1930, o Decreto nº 20.395, de 15 de setembro de 1931, suspendeu em seu art. 1º, até ulterior deliberação, todos os atos de alienação, oneração, promessa ou começo de alienação ou transferência, inclusive para formar capital de sociedade comercial, de qualquer curso perene ou queda d'água, praticados da data da publicação deste decreto. O decreto também tornou sem efeito o aproveitamento (ou utilização da referida energia) por adquirentes, expressando que o aproveitamento ficou sempre reservado, exclusivamente e nas condições jurídicas da época, aos proprietários ou usufrutuários e seus herdeiros, cabendo a estes toda a responsabilidade pela observância das normas legais que viessem a ser dotadas sobre a matéria.

Ainda no parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 20.395, de 1931, estabeleceu que somente “mediante prévia e expressa autorização do Governo Provisorio, o ato poderá ser praticado sem as restrições estabelecidas no

dispositivo supra.” (BRASIL, 1931). Este Decreto foi expressamente revogado somente no ano de 1991, pelo Decreto de 15 de fevereiro, que mantém concessões, permissões e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências (BRASIL, 1991).

Naquela época, quando percebida a importância estratégica da energia elétrica para o Estado e sua economia, a noção de titularidade da atividade econômica de produzir, transmitir e distribuir energia elétrica também evoluiu, tendo esta indústria sido reservada ao Estado, condição que permanece mantida até os dias atuais.

As Constituições anteriores registram com clareza tais restrições e suas mudanças no percorrer da história, com dispositivos dirigidos ao caso específico de energia elétrica, como a Constituição de 1934. Em seu art. 119, estabeleceu a dependência de autorização e de concessão federal para o aproveitamento industrial da energia hidráulica, inclusive restringindo que tais delegações seriam conferidas somente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil e prevendo lei para regular a nacionalização progressiva das quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

Além da atual necessidade de aquiescência do Estado para o exercício da atividade econômica, antigamente, o Estado igualmente exigia sua anuência para a constituição e funcionamento das sociedades cujo objeto social estivesse voltado à indústria de energia.

Neste sentido o art. 2º do Decreto nº 24.336, de 5 de junho de 1934, condicionou que as autorizações para concessões administrativas de energia hidráulica fossem outorgadas somente à brasileiros ou sociedades organizadas com 60% de ações com direito a voto detidas por brasileiros ou por empresas cujos sócios atendessem igual percentual, e assim sucessivamente. Estabeleceu, ainda, que tais sociedades não poderiam constituir-se sem prévia e expressa autorização do Governo Federal e só poderia funcionar depois de aprovados, pelo mesmo, seus estatutos. E ressaltava que tais sociedades não seriam inscritas no registro público senão depois de preenchidas as formalidades previstas no dispositivo.

O Decreto nº 24.336, de 1934, estipulou que sem prévia e expressa autorização do Governo Federal, os atos dispostos no art. 1º do supracitado Decreto nº 20.395, de 1931, - como, por exemplo, a transferência do empreendimento, inclusive para formar capital de sociedade comercial - nenhum efeito produziriam quer quanto ao aproveitamento ou utilização de energia hidráulica, quer quanto à transmissão de propriedade das terras adjacentes, sendo nulos de pleno direito. E impôs, em seu art. 10, que nas escrituras lavradas por tabeliães era imprescindível transcrever os respectivos decretos de autorização e que os tabeliães seriam responsáveis, sob as penas da Lei, por escrituras lavradas sem o atendimento das formalidades estabelecidas.

Por fim, este Decreto foi também expressamente revogado pelo já mencionado Decreto de 15 de fevereiro de 1991, que mantém concessões, permissões e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências.

No mês seguinte ao Decreto nº 24.336, de 1934, foi editado o Decreto nº 24.643, de 10 de julho, do Governo Provisório, que, com força de lei instituiu o Código de Águas⁷⁵. Foram, então, prescritas rígidas condicionantes em seu art. 195, passando as autorizações ou concessões a serem conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil. Além disto, as empresas deveriam constituir suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; manter nos seus serviços, no mínimo, dois terços de engenheiros e três quartos de operários brasileiros; e, caso o estabelecimento fosse distante de centros escolares, a empresa estava obrigada a proporcionar ensino primário gratuito caso mantivesse mais de cinquenta operários, dentre os quais e seus filhos houvessem dez ou mais analfabetos.

O Código de Águas dispôs que a concessão caducava se verificado, a qualquer tempo, descumprimento deste art. 195, sendo facultado ao Governo Federal substituir, pelo período remanescente da concessão, o concessionário que comercializasse energia, perdendo este todos os seus bens relativos ao aproveitamento

⁷⁵ A fonte das principais compreensões ora esposadas são os artigos números 158, 168, 171, 173, 177 e 195 do Código de Águas.

concedido e à exploração da energia, independentemente de qualquer procedimento judicial e sem indenização de espécie alguma. Se a energia fosse destinada a indústria própria, a caducidade obrigava o restabelecimento do curso d'água ao *status quo ante*, sob juízo de conveniência da Administração Pública.

As autorizações também sofriam caducidade pelo não cumprimento de disposições estipuladas, inobservância de prazos ou de planos de obras e instalações aprovados. No que tange à transferência da autorização, o Código previa que toda cessão total ou parcial da autorização, toda mudança de permissionário, não sendo o caso de vendas judiciais, deveria ser comunicada ao Ministério para que este desse ou recusasse seu assentimento.

Em seus artigos 158 e 171, o Código de Águas estabelece que o pretendente à concessão ou à autorização deve requerê-las ao Ministério, atendendo às instruções estipuladas e instruindo o pleito com os documentos e dados exigidos em regulamento a ser expedido sobre a matéria, especialmente sobre (a) a idoneidade moral, técnica e financeira e a nacionalidade do requerente; (b) a constituição e sede da pessoa coletiva que for o requerente; (c) ao capital atual e futuro a ser empregado na concessão; dentre outros.

O Código de Águas foi mantido, porém modificado pelo Decreto-Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, que estabeleceu em seu art. 5º a obrigatoriedade de autorização ou concessão federal também para estabelecimento de linhas de transmissão ou redes de distribuição de energia.

Além disso, pelo art. 6º deste Decreto-Lei, os aproveitamentos de quedas d'água destinados a serviços públicos, de utilidade pública ou ao comércio de energia, passaram a ser concedidos somente a brasileiros ou a Estados e Municípios, ligados ou não em consórcio, ou a sociedades brasileiras.

Estas últimas, segundo o art. 7º do mesmo diploma, quando organizadas para explorar energia elétrica, exclusivamente ou não, deveriam respeitar os seguintes princípios: (i) ações nominativas com direito a voto ou quotas de capital só poderiam pertencer a brasileiros, ou entes políticos, ou sociedade organizadas conforme estes mesmos princípios; (ii) faculdade de que uma parcela legal do capital fosse constituída com ações preferenciais sem direito a voto; e (iii) os gerentes ou administradores fossem brasileiros.

O limite de capital foi estabelecido no máximo de dois terços do capital para emissão de ações preferenciais sem direito a voto, consoante o Decreto-Lei nº 4.480, de 15 de julho de 1942.

Álvares (1962, p. 382) afirma que foi o Decreto nº 24.336, de 1934, que trouxe pela primeira vez a condição de autorização do Governo Federal para funcionar sociedades do setor elétrico e também, pela primeira vez, a exigência de que parcela majoritária (60%) do capital pertencesse a brasileiros. Já sobre o Decreto-Lei nº 852, de 1938, Álvares (1962, p.382) atribui a radical alteração do regime anterior, posto que promoveu a reserva da totalidade do capital votante a brasileiros.

Observe-se também, pela menção a direito societário de voto dentre os princípios a serem observados, que a noção de poder de controle societário já inspirava o disciplinamento da questão na época do Decreto-Lei nº 852, de 1938.

Barbosa (1996, p.2) afirma que “é perfeitamente razoável a definição da nacionalidade de uma pessoa jurídica através do controle de seu capital” e Haroldo Valladão (*apud* BARBOSA, 1996, p. 3) esclarece:

criou-se muito antes da 1ª. Guerra Mundial, desde o Império e princípios da República e permaneceu no direito pátrio, uma orientação bem caracterizada, pelo critério de “controle” (...). Esse critério se caracteriza pela verificação da nacionalidade das pessoas naturais que têm o comando da pessoa jurídica, podendo assumir as formas de *controle da administração* ou *do capital* ou de ambos e podendo ir mais longe, abrangendo o *pessoal* da sociedade.

De fato, enquanto o Decreto nº 24.336, de 1934, estabeleceu que a maioria dos diretores da administração da empresa organizada no Brasil deveriam ser brasileiros aqui residentes, ou que só brasileiros poderiam ter

mandato de gerência, o de nº 852, de 1938, reservou à brasileiros a propriedade das ações com direito a voto nas sociedades de capital⁷⁶, como também priorizou lugar de destaque aos brasileiros na propriedade e na gestão das sociedades de pessoas e das sociedades mistas - de pessoas e de capital.

Na época da segunda grande guerra, sob influência de aspectos militares, o Decreto-Lei nº 3.259, de 9 de maio de 1941, condicionou que a concessão à pessoas naturais dependia, além da nacionalidade brasileira, da comprovação de quitação do requerente para com o serviço militar.

Em 8 de dezembro do ano de 1938, foi então editado o Decreto-Lei nº 938, cujo art. 1º condicionou à autorização do Governo o funcionamento e o exercício da atividade por sociedades com objeto de aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, adicionando:

Parágrafo único. As sociedades a que este artigo se refere, bem como quaisquer outras, de natureza industrial ou comercial, que, em razão dos seus objetivos, dependam de prévia autorização para funcionar ou exercer suas atividades, não poderão, sob pena de nulidade, entrar em função, nem praticar validamente ato algum, sinão depois de arquivados no Registro do Comércio, além de uma cópia autêntica do título de autorização, os estatutos ou contrato social, a lista nominativa dos subscritores, com indicação da nacionalidade e do número e natureza das ações de cada um, e, quando for devido, o certificado do depósito da décima parte do capital, e de fazer no "Diário Oficial" da União e nos jornais do município de sua sede a respectiva publicação. (BRASIL, 1938)

Passados dezenove anos da edição do Decreto acima citado, de 1938, e vinte e três após a instituição do Código de Águas, de 1934, foi editado, com base no art. 158 deste último (requisitos para requerimento de concessão, dentre os quais o da nacionalidade), o Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica. Na seção de pedidos de concessão, em seu art. 68, estabeleceu-se a necessidade de prova de nacionalidade para pessoas naturais e, para pessoas jurídicas, os documentos de sua constituição e o decreto de autorização para funcionar como empresa de eletricidade.

Em pesquisa legislativa não se acusou a revogação expressa do Decreto-Lei nº 938, de 1938. Sua vigência perdurou por décadas a fio, combinado com os termos do Código de Águas, de 1934, consubstanciando o procedimento de delegação vigente segundo este Código, que compreendia a publicação do decreto de autorização para funcionar como empresa de energia, seguido da publicação de decreto de concessão da atividade⁷⁷ e, por último, a formalização de um contrato de concessão para tratar das condições especiais de cada outorga.⁷⁸

⁷⁶ Tendo evoluído a teoria da empresa, e seu reflexo na legislação pátria, a utilização da classificação divisória tripartite de sociedade de pessoas, de capital e mista caiu em desuso, não estando expressas no Livro de Direito de Empresa do Código Civil vigente. Assim também ocorreu com determinados tipos societários. Entretanto, derivam das compreensões edificadas naquele período os atuais conceitos de sociedades simples e empresárias, bem como dos tipos societários atuais, como por exemplo o das sociedades anônimas, cujo capital se subdivide em ações, e das sociedades limitadas, onde cada sócio responde limitadamente pelo valor de sua quota investida.

⁷⁷ Neste período as concorrências públicas para a concessão eram facultadas ao Governo Federal, quando não houvesse requerente idôneo.

⁷⁸ O Decreto-Lei nº 938, de 1938, fundamentou atos ainda no final do século XX, conforme exemplifica a base legal do Decreto (sem número), de 26 de maio de 1994, que outorga à ELMA Eletricidade de Mato Grosso Ltda autorização para funcionar como empresa concessionária de energia elétrica, ato que antecedeu sua outorga de concessão para o aproveitamento de energia hidráulica pela Portaria nº 396, de 7 de novembro de 1994, do Ministério de Minas e Energia, cujo art. 5º previa que a concessionária deveria assinar o contrato de concessão no prazo a ser estipulado pelo DNAEE. Inúmeros outros exemplos análogos podem ser acessados, como o Decreto (sem número) de 4 de junho de 1992, que outorgou à GLOBAL Energia Elétrica

Entretanto, verificou-se que o funcionamento de sociedades do setor, salvo estatais, não mais tem sido objeto desta prévia autorização por decreto do Poder Executivo, como também não há mais edição de decretos de concessão pelo MME.⁷⁹ Afinal, quando instituído o novo marco regulatório, houve inovação na disciplina geral e específica de delegação, ora alterando-a expressamente, ora derogando-a em seus antigos pressupostos que, porventura, tenham se tornado com ela incompatíveis, como é o caso, por exemplo, das restrições impostas ao investimento de capital privado estrangeiro no setor.

Sucedo que o critério constitucional da nacionalidade da pessoa jurídica e de seus sócios, antes aplicado ao setor elétrico, foi substancialmente alterado por emenda constitucional, que extirpou esta condicionante para as outorgas no setor de energia, conforme a seguir examinado.

Inicialmente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 171, que a empresa brasileira era aquela constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no País.

A Carta Constitucional também definiu que a empresa brasileira de capital nacional era aquela cujo controle efetivo estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno. Por fim, definiu que o controle efetivo da empresa se dava pela titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.⁸⁰

Já o § 1º do art. 176 da Constituição Federal estabelecia que o aproveitamento de potencial de energia hidráulica (bem público) era delegável a brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional, vinculando o setor de energia àquele tipo de controlador societário definido nos termos do art. 171, obrigado ao domicílio e residência no Brasil. Esta vinculação gerava comprometimento de considerável parcela setorial, vez que as outorgas da época recaíam majoritariamente sobre potenciais hidráulicos, fonte que até hoje é a matriz energética dominante no País. Além do mais, era usual que a outorga dada a uma mesma pessoa jurídica - geralmente uma empresa estatal - delegasse cumulativamente as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, a qual, cumpria o requisito de nacionalidade exigido para a atividade da geração.

Entretanto, o art. 171 foi integralmente revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, com o intuito de evoluir o conceito de empresa brasileira de capital nacional e possibilitar o investimento estrangeiro, em especial no setor elétrico, como se pode depreender da Exposição de Motivos nº 37, de 16 de fevereiro de 1995, conjunta dos Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento, da Previdência e Assistência Social, da Administração e Reforma do Estado e de Minas e Energia, que consubstanciou a proposta de emenda constitucional:

autorização para funcionar a empresa (sociedade). Bem mais antigo, o Decreto nº 41.066, de 28 de fevereiro de 1957, concedeu autorização para funcionar como empresa de energia elétrica a Central Elétrica de Furnas – Furnas S.A., cujo estatuto originariamente aprovado integra a escritura de constituição da companhia lavrada na mesma data da autorização de funcionamento: 28 de fevereiro de 1957.

⁷⁹ A busca por decretos emanados sobre o tema após o ano de 1995, foram feitas via rede internacional de computadores, nos acessos de pesquisa legislativa disponibilizadas pelos sítios do Palácio do Planalto, do MME, do DREI e da ANEEL, além de sítios de busca aberta.

⁸⁰ O § 1º do art. 171 da Constituição Federal reservou à lei: (i) a possibilidade de concessão de proteção e benefícios especiais às empresas brasileiras de capital nacional para o desenvolvimento de atividades estratégicas para defesa nacional e desenvolvimento do País; e (ii) instituir requisitos de controle e participação societária em sociedades de setores considerados imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico do País. No § 2º estabeleceu o tratamento preferencial em licitações públicas às estas empresas.

[...] encaminhamos a presente Emenda à Constituição Federal, que integra o conjunto de alterações necessárias à viabilização da retomada do desenvolvimento econômico e social do País.

A proposta tenciona eliminar a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e o tratamento preferencial concedida a esta última. Para tanto, firma-se conceito da empresa brasileira como aquela constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

A discriminação ao capital estrangeiro perdeu sentido no contexto de eliminação de reservas de mercado, maior interrelação entre as economias e necessidades de atrair capitais estrangeiros para complementar a popança interna. [...]

Com o mesmo escopo, a Emenda efetua alterações no § 1º art. 176, de forma a eliminar a exclusividade de pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica por empresa brasileira de capital nacional. Pretende-se, assim, viabilizar a atração de investimentos estrangeiros para o setor de mineração e energia elétrica, mantido o controle da União mediante autorização ou concessão. (BRASIL, 1995)

A Emenda restou aprovada na forma acima preconizada e, com efeito, o aproveitamento de potencial de energia hidráulica (bem público) passou a ser delegável, conforme expressamente disposto no novo §1º do art. 176, a brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham suas sedes e administrações no País. Em outras palavras, oportunizou-se o investimento de controladores de capital estrangeiro em empresas brasileiras de energia elétrica aqui constituídas.

Para Barbosa (1996, p. 15) havia uma inequívoca regulação de entrada de investimento cuja revogação carregou a “única hipótese de utilização do conceito de empresa brasileira de capital nacional como restrição de acesso de capital estrangeiro.”

A nacionalidade brasileira da sociedade, configurada pela sua organização em conformidade da lei brasileira e com a sede de sua administração no País, já havia sido prescrita pelo art. 60 do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, que não fora revogado⁸¹ com a edição da Lei nº 6.404, de 1976, e que segundo Barbosa (1996, p. 2) permaneceu vigente até a promulgação da Constituição da República, quando foi recepcionado pelo texto semelhante do art. 171, cuja revogação pela Emenda constitucional importou em “retrogradação do conceito jurídico de nacionalidade das pessoas jurídicas de fins econômicos, de sede constitucional para o nível de lei ordinária”. De fato, como já examinado no item anterior, o Código Civil passou a tratar da nacionalidade, estabelecendo que seja brasileira a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha a sede de sua administração no País.

Em razão destas modificações, tornou-se incompatível com a nova legislação dar continuidade ao sistema de tutela de nacionalidade para fins de organização de sociedades no setor elétrico, vez que a Emenda Constitucional promulgada com a finalidade de possibilitar o ingresso do investimento de capital estrangeiro, removeu a vinculação do setor elétrico ao conceito de empresa brasileira de capital nacional e aos critérios a que este conceito se sujeitava.⁸²

As novas regras que edificaram o marco regulatório, por sua vez, sequer exigem a nacionalidade brasileira da sociedade para receber delegação no setor e, como averiguado no primeiro capítulo desta pesquisa, também não estabeleceram a necessidade de autorização do Poder Executivo para constituir ou funcionar sociedades no

⁸¹ Na mesma situação que permaneceu vigente o art. 61, que trata sobre o requerimento de autorização de sociedade dependente de autorização, constante do mesmo Decreto nº 2.627, já comentado no capítulo anterior por se tratar de um dos dispositivos da base legal da REN Nº 149.

⁸² “Todos os critérios fixados na Constituição, têm, necessariamente prevalência sobre quaisquer outros, anterior ou posteriormente fixados. Promulgada nova ordem constitucional, cessa a força cogente de quaisquer normas que com ela sejam incompatíveis” (LAMY FILHO, p. 196)

setor elétrico, limitando-se a restringir o desempenho da atividade econômica ou uso de bens públicos a ela vinculados.⁸³

Logo, revogando-se a restrição de capital estrangeiro, tomou-se a medida que, constitucionalmente, envida o marco regulatório do setor, e tornou-se desnecessário o inerente controle de nacionalidade promovida pelo regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades no setor elétrico, por força do, assim derogado, Decreto nº 938, de 1938.

3.3 Registro de Sociedades Autorizadas a Funcionar pelo Poder Executivo

A inscrição dos atos constitutivos deve ser requerida no registro competente em até 30 dias após sua constituição e antes do início da atividade⁸⁴. Se a sociedade depender de autorização do Poder Executivo para funcionar, esta autorização se dá entre a constituição da sociedade e a inscrição no registro civil ou mercantil, fato que personifica a sociedade.

No que tange ao registro mercantil das sociedades, o Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, antigo Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, é o órgão competente para as inscrições e averbações dos atos constitutivos.

Em sua Instrução Normativa nº 4, de 19 de agosto de 1986, que dispõe sobre o arquivamento de atos subordinados à aprovação prévia de órgãos de governo (BRASIL, 1986), o então DNRC afirmou que as disposições legais que versassem sobre aprovação prévia de atos por órgãos do governo, deveriam ser interpretadas restritamente, estabelecendo que a dependência de autorização se aplicaria somente aos casos expressos por determinação legal.

A despeito de existirem decretos de autorização de funcionamento de sociedades no setor elétrico fundados no Decreto-Lei nº 938, de 1938, vigente na época desta instrução, o seu elenco de atividades dependentes de autorização do governo não contemplava as empresas de energia elétrica⁸⁵. Entretanto, a restrição era indireta e parcialmente alcançada por constar as empresas estatais, as quais eram as mais usuais no setor de energia.⁸⁶

A Instrução Normativa nº 4, de 1986, foi revogada pela Instrução Normativa nº 32, de 19 de abril de 1991, que manteve a interpretação restritiva e enumerou os casos dependentes da autorização prévia de órgãos (BRASIL, 1991). Novamente não constou restrição às empresas de energia elétrica, mas constou as estatais⁸⁷.

⁸³ Nos edital de licitação tanto para contratação de concessão de serviço público, a exemplo do Edital ANEEL nº 02/2013, como para a contratação de energia proveniente de novos empreendimentos de geração, a exemplo do Edital ANEEL nº 06/2013 (BRASIL, 2013), admitem a participação de sociedades estrangeiras nas licitações, porém condicionaram, como também o exigem para determinadas sociedades nacionais consorciadas no caso de transmissão, a constituição de sociedade de propósito específico para recepcionar a delegação.

⁸⁴ O prazo se encontra estipulado no art. 998 do Código Civil enquanto que a obrigação de inscrição antes do início da atividade no art. 967 do Código Civil.

⁸⁵ Confira-se os decretos de autorização de funcionamento societário citados na nota de rodapé 78.

⁸⁶ Constam expressamente na Instrução a dependência de autorização, além das empresas estatais, as sociedades de crédito imobiliário, instituições financeiras, de fundos de investimento, de mineração, estrangeiras, navegação aérea, telecomunicações, em faixa de fronteira para radiodifusão e determinadas cooperativas.

⁸⁷ Como categoria das empresas sujeitas à obrigação de autorização do Poder Executivo, listou-se na Instrução nº 32/91 as estatais, instituições financeiras, sociedades de investimento, mineração, estrangeiras, serviços aéreos, telecomunicações, radiodifusão e determinadas em faixa de fronteira.

Por não contemplar as atividades de energia elétrica, a ANEEL oficializou o DNRC apontando a necessidade de se ajustar a instrução para inseri-las na norma, com base nas normas contratuais e no Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, argumentando que a manifestação prévia do regulador é causa de eficácia para os registros de mudanças nos atos constitutivos.⁸⁸

A instrução, porém, ficou vigente com os mesmos termos originais até outubro de 2011, quando foi revogada pela Instrução Normativa nº 114, de 30 de setembro de 2011 (BRASIL, 2011).

Esta inovou ao adotar um quadro enumerativo de atos sujeitos à aprovação prévia, além de ampliar os emissores das autorizações para órgãos e entidades, bem como redelimitar a interpretação restrita, agora com base em disposições legais e regulamentares, como a REN Nº 149, de 2005.

No âmbito das mudanças, elencou os agentes prestadores de serviços de energia elétrica como sujeitos à autorização prévia, nos casos de (i) alteração do controle societário e (ii) eleição de administradores. O fundamento legal, constante da Instrução, foi o art. 2º da Lei de Criação da ANEEL e, como fundamento regulamentar, a REN Nº 149, de 2005, da ANEEL.⁸⁹

A adoção do motivo da restrição na instrução do DREI é resultado do desdobramento da interação ocorrida, entre o DNRC e a ANEEL em dezembro de 2004, quando aquele órgão oficiou à agência informando o processo de reformulação, em trâmite à época, da então vigente Instrução nº 32, de 1991. Solicitou informação sobre a exigência de aprovação da ANEEL sobre atos constitutivos de empresas subordinadas a seu controle, questionando especialmente se havia restrição à participação de estrangeiros nas atividades⁹⁰.

Em resposta, a ANEEL informou não haver restrições quanto à participação de sócios ou administradores estrangeiros no setor elétrico, mas que as alterações estatutárias de concessionárias de distribuição e de transmissão de energia elétrica estavam sujeitas à prévia anuência da agência com fulcro no art. 1.133 do CC, assim como as alterações de concessionárias de geração de energia elétrica consoante disposto em cada ato autorizativo.

Entretanto, como examinado à luz da legislação geral e da específica, a constatação de inexistir restrições à nacionalidade é uma das evidências que incompatibiliza a recepção do artigo citado como motivo da norma.

A Instrução Normativa nº 114, de 2011, foi recentemente revogada pela Instrução Normativa do Departamento de Registro de Empresas e Integração nº 14, de 05 de dezembro de 2013, que disciplinou novamente a matéria sem trazer alterações significativas quanto ao ora examinado.

Ainda sobre condicionantes ao registro, o art. 5º da REN Nº 149, de 2005, estabeleceu que “A ANEEL poderá condicionar, junto aos órgãos competentes, o registro das modificações dos atos constitutivos dos agentes à prévia anuência desta Agência.” (BRASIL, 2005). O dispositivo carece de imperatividade normativa e se reveste de caráter de advertência ou caráter de reserva de competência para aplicação em determinado caso concreto.

A ANEEL, em seu poder normativo, detém competência para, conjuntamente e em colaboração do órgão de registro empresarial, condicionar o registro das alterações dos atos constitutivos nos casos em que a obrigação fora constituída nos contratos e atos de delegação. Outrossim, cabe averiguar a possibilidade da obrigação de

⁸⁸ A oficialização da ANEEL ao DNRC se deu pelo Ofício nº 1.561/2004-SFF/ANEEL, de 21 de setembro de 2004. (BRASIL, 2004)

⁸⁹ O art. 2º da Lei nº 9.427/96 prescreve que “A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.” (BRASIL, 1996)

⁹⁰ A interação entre o DNRC e a ANEEL encontram-se registradas nos Ofícios nº 004/2005-SFF/ANEEL, de 05 de janeiro de 2005 (BRASIL, 2005) e Ofício nº 445/2005-SFF/ANEEL, de 24 de março de 2005. (BRASIL, 2005) pesquisados diretamente pelo autor.

anuência – prévia ou posterior das alterações de atos constitutivos - ter fulcro no interesse público de garantia da manutenção da regularidade jurídica dos agentes setoriais no decorrer da delegação, aplicando-se a todos os delegatários.

Contudo, sob a ótica do instituto da autorização do Poder Executivo para funcionar as sociedades, o previsto no art. 5º da REN Nº 149, 2005, seria incoerente, pois para os casos a que se aplica o instituto, que não o do setor elétrico, o decreto de autorização é pré-requisito do próprio registro.

4. A SUBSISTÊNCIA DA TUTELA DE ATOS CONSTITUTIVOS DOS AGENTES SETORIAIS PELO REGULADOR

A análise, pelo regulador, dos atos constitutivos das sociedades de energia elétrica, como visto nos capítulos iniciais desta pesquisa, tem por fim o controle da regularidade jurídica da sociedade no momento da outorga e durante o desempenho da atividade econômica, além de servir ao à fiscalização de determinados aspectos de natureza societária e empresarial emprestados à disciplina regulatória, consoante a legislação setorial e seus regimes jurídicos específicos.

A obrigação de apresentar os atos constitutivos da sociedade à ANEEL se dá pelo pretendente da outorga, um dever decorrente da Lei e que está previsto nas normas ou editais de habilitação. Ressalte-se que a intenção de ser um delegatário é volitiva da sociedade, pressupondo sua pré-existência enquanto pessoa jurídica constituída e em funcionamento, apta a requerer a delegação. Já a obrigação de prévia anuência da ANEEL à alteração dos atos constitutivos da sociedade, vivenciada no decorrer da outorga, é uma sujeição especial nascida com a delegação, e, portanto, está prevista, caso a caso, no ato ou contrato da delegação.

Para detalhar a consecução do dever de prévia anuência às alterações dos atos constitutivos das delegatárias, a ANEEL detém finalidade (art. 2º da Lei nº 9.427, de 1996) e competência geral de regulação (inc. VI, art. 29 da Lei nº 8.987, de 1995 e inc. IV, do Anexo do Decreto nº 2.335, de 1996), além de competência específica para imprimir o cumprimento das disposições regulamentares do serviço e das cláusulas dos contratos de concessão e de permissão e dos artigos dos atos de autorização (inc. XV, do Anexo, do Decreto nº 2.335, de 1996). Tais dispositivos já constam expressos na REN Nº 149, de 2005.

Entretanto, restou afastada desta tutela a aplicação do regime de autorização para funcionar sociedades do setor elétrico previsto no Decreto-Lei nº 2.467, de 1940, e no Código Civil, em razão da inexistência de lei especial vigente que obrigue tais sociedades ao referido regime, pois se deu o declínio da *ratio* que fundamentava tal exigência às empresas de energia elétrica: a nacionalidade brasileira da sociedade e dos seus sócios.

Afastou-se também o motivo da REN Nº 149, de 2005, com base no art. 118, da Lei nº 6.404, de 1976, pois o acordo de acionistas de que trata é um instrumento parassocial que se distingue dos atos constitutivos da sociedade.

A nova compreensão de que a obrigação de prévia anuência detém natureza meramente contratual ou unilateral das autorizações, ao invés da aplicação por força de lei específica vinculada ao regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades, inspira o exame sobre a subsistência do controle regulatório de atos constitutivos dos delegatários e os ajustes legais necessários para tratar dos pressupostos e fundamentos legais impostos pelo marco regulatório.

Para melhor consubstanciar a atuação da agência nesta matéria, convalidando a obrigação e estendendo-a uniformemente a todos os delegatários, o juridicamente mais seguro é introduzir-se, mediante alteração legislativa da Lei nº 9.427, de 1996, competência específica para a ANEEL regulamentar e anuir previamente às alterações de atos constitutivos das delegatárias de energia elétrica. Tal competência pode ser também introduzida no Anexo ao Decreto nº 2.335, de 1995, dentre as competências da ANEEL.

Opção outra para uniformizar o tratamento seria estabelecer unilateralmente por Resolução esta obrigação para todos os autorizatários, bem como aditar bilateralmente os contratos que tenham sido firmados sem esta obrigação. Nos dois casos, o dispositivo a ser utilizado pode condicionar a obrigação à regulamentação

específica da matéria pela ANEEL, na qual podem ser ponderadas as distinções entre os regimes jurídicos e os segmentos econômicos do setor.

Ainda na fundamentação, torna-se coerente remover da REN Nº 149, de 2005, e da Portaria ANEEL nº 1.047, de 2008, a menção aos dispositivos do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, e do Código Civil, que dispõem sobre autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades, como também, excluir o art. 118 da Lei nº 6.404, de 1976, sobre acordo de acionista.

Com a desresponsabilização da ANEEL pelo regime de autorização para funcionar sociedades, o atual sistema de fiscalização prévia da matéria que registra baixos índices de denegação de pleitos (2% em 10 anos), pode ser densamente racionalizado e desburocratizado, principalmente com a sinergia entre as atividades da ANEEL e do DREI, evitando-se a duplicação de certos controles.

A norma pode ser melhorada com uma criteriosa revisão da lista de matérias estatutárias dispensadas do prévio exame da ANEEL, cujo rol pode ser ampliado, deixando-se no controle preliminar da Agência somente os temas societários com efetivo risco regulatório, enquanto que os demais assuntos seguiriam primeiramente ao registro do DREI, órgão que continuaria a averiguar os elementos impostos pela legislação societária. A mudança representaria uma inversão da estratégica da atual REN Nº 149, de 2005, onde a exigibilidade de pré-anuir todas as alterações, salvo poucos casos, daria lugar a regra de pré-aprovar somente casos relevantes à outorga, monitorando-se os demais somente após sua averbação.

Nesta revisão, deve ser considerado que as alterações de atos constitutivos podem ter duas dimensões: (i) quando a alteração busca meramente alterar uma disposição abstrata, a subsumir na ocorrência de um caso concreto, como regras da sociedade sobre falecimento de um sócio, ou (ii) quando a alteração serve para formalizar uma operação concreta da sociedade, como a retirada de um sócio, uma modificação de sede, uma redução de capital, uma reestruturação societária, uma transferência de controle, dentre outros. Nesta última dimensão, a operação tem relevância para o desempenho da atividade econômica e quase sempre é objeto de exame independente e próprio do regulador, inclusive, mediante normas específicas com objetos próprios, combinados com a norma de alteração de atos constitutivos.

Lista-se abaixo, no Quadro 3 – Exemplos de Temas dos Atos Constitutivos de Sociedades de Energia Elétrica, levantados em pesquisa direta do autor face 983 dispositivos examinados de 30 estatutos/contratos sociais de delegatárias de energia elétrica.⁹¹ Este conjunto tem como fonte as matérias exigidas pela legislação societária e outras facultativas, podendo ser alvo de futura classificação quanto à conveniência, ou não, de cada item ser foco da análise prévia do regulador.

Quadro 3 – Exemplos de Temas dos Atos Constitutivos de Sociedades de Energia Elétrica

Temas
nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios (pessoas naturais); firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios (jurídicas); nome empresarial, denominação, objeto, sede e prazo da sociedade; participação em outras sociedades; abertura ou fechamento de filiais, entrepostos; área territorial de atuação; área de concessão; capital da sociedade; subscrição; quotas de cada sócio; contribuição de sócio na forma de serviço; modo de integralização; responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais (subsidiária ou não); classes de ações, vantagens de ações preferenciais, partes beneficiárias, bônus de subscrição, debêntures, emissão de <i>units</i> ; capitalização de lucros e reservas; pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, seus poderes e atribuições; requisitos de admissibilidade de sócio; exclusão de sócio, reembolso de sócio dissidente; regras da dissolução e de liquidação societária; extinção societária; política de dividendos, participação e regras de retirada dos

⁹¹ O levantamento dos dados foi realizado pelo autor junto aos estatutos/contratos sociais disponíveis nos processos públicos de deliberação de atos constitutivos da ANEEL ou disponibilizados nos respectivos sites das delegatárias BRILHANTE, COPEL, FURNAS, INTESA, ITE, LMTE, LTTE, RPTE, ATE II, STN, TAESA, TPAE, TSLE, TRANSNORTE, AES SUL, CEB, CEMIG-D, ENDESA CIEN, CESP, CPFL PAULISTA, COOPERALIANÇA, CERCOS, ELEKTRO, ENERSUL, EFLUL, ENERGISA BORBOREMA, ESCELSA.

sócios nos lucros ou perdas; pró-labore de sócios; juros sobre capital próprio; políticas de investimento, de desinvestimento, aumentos e diminuição de capital social; orçamento anual, orçamento plurianual; plano de negócio; relação com investidores, regras e autorizações de abertura e fechamento de capital; reestruturações societárias (cisão, fusão, incorporação); regras e limites para aquisição e alienação de bens da sociedade; limitação de obrigações da sociedade; tipo societário; transformação societária; regras para reformulações contratuais/estatutárias; prestação e aprovação de contas da gestão; demonstrações econômicas e financeiras; exercício social, datas e circunstâncias de levantamento de demonstrações, livros contábeis, regras contábeis, auditorias, nomeação de auditores independentes; avaliação e nomeação de empresa avaliadora da sociedade; política de sustentabilidade; limites de endividamento, de alavancagem; limites de constituição de garantias e ônus reais e pessoais; forma de representação da empresa, ativa e passiva, judicial e extrajudicial; regras destinadas a orientar o modo de celebração de contratos, acordos e negócios. Orientação para contratação de concessão/permissão, sua alteração, rescisão, renovação contratual; direitos e deveres de cooperados; direitos de empregados; estrutura e níveis de governança corporativa; adoção de níveis de governança da bolsa de valores; código de ética, regimento interno da sociedade; regras de administração e da estrutura e organização da sociedade; competências e atribuição dos administradores; restrições e vedações aos administradores; designação, destituição e modo de remuneração de administradores; exigência de garantias de gestão; designação de procuradores, prazo de validade, forma do exercício e limites do mandato; estrutura, competências, atribuições, forma de convocação, quórum de instalação e de deliberação, quórum qualificado, voto preferencial, direito de veto, conselheiros independentes, procedimentos de funcionamento das reuniões da Assembleia-Geral, do Conselho de Administração, do Conselho Fiscal, da Diretoria; regras para comitês técnicos e comitês consultivos; organização e composição do controle da sociedade; transferência do controle societário e alterações de composição da sociedade; regras impeditivas de tomada hostil de controle societário; regras de relação da sociedade com suas partes relacionadas (controladas, controladores e coligadas); responsável técnico pela empresa, a sede e os estabelecimentos empresariais; mediação, arbitragem, foro jurisdicional;

Fonte: Elaboração do autor.

A ANEEL, historicamente no exame dos casos tem se limitando a examinar se a proposição de alteração apresentada pelo agente setorial não traz prejuízos à delegação. Entretanto, vislumbra-se que é possível aderir uma postura direcional, adotando-se um perfil indutor, por meio do qual as delegatárias sejam estimuladas por sinais regulatórios a promover alterações estatutárias voltadas, por exemplo, a democratizar o seu processo decisório e seu controle societário ou a adotar princípios de governança corporativa, fatores que redundariam indiretamente em maior eficiência no desempenho da atividade econômica. Em determinados contratos de concessão, por exemplo, acordou-se a obrigação dos controladores aplicarem certas disposições nos atos constitutivos de suas controladas.⁹²

Após registrados no DREI, os atos constitutivos – contendo ou não temas dispensados de prévia anuência da ANEEL – poderiam permanecer disponíveis naquele órgão para constante monitoramento da ANEEL. Este acompanhamento pode se dar pelo compartilhamento de dados entre as entidades, no qual o regulador passe a ter acesso direto aos sistemas de informações do DREI, principalmente ao banco de dados com os registros dos atos constitutivos das empresas reguladas.

Isso permitiria à ANEEL certificar remotamente e acompanhar informações diretamente disponibilizadas pelo DREI, desobrigando o agente de instruir o processo com estes dados, tal qual é feito hoje, reduzindo um esforço de comunicação pelos agentes e um volumoso controle documental pela Agência.

Alternativa para o controle das averbações pela ANEEL seria estabelecer a exigibilidade de apresentação anual pelos delegatários, de uma certidão simplificada obtida na Junta Comercial de sua localidade onde nada conste ou que relacione as alterações de atos constitutivos averbadas no exercício social anterior.

⁹² Vide exemplo no subcapítulo 2.2, no caso da LIGTH apresentado no Quadro 2 - Obrigação sobre Atos Constitutivos das Concessionárias ESCELSA, LIGHT e ENERSUL.

O planejamento da fiscalização pelo regulador pode ser também simplificado. Hoje a demanda é provocada pelo agente a cada alteração do ato constitutivo ou quando comunica as averbações. Com a redução de casos de exame prévio, a ANEEL poderá melhor gerenciar as épocas das fiscalizações à *posteriori*.

Estas medidas beneficiariam a celeridade processual e reduziriam custos para todos os lados, descomplicaria operações societárias e simplificaria este item setorial. E recursos materiais e humanos seriam reaplicados em prol da eficiência.

Por fim, estas ideias podem subsidiar o processo de revisão da REN Nº 149, de 2005, ora em andamento na ANEEL.⁹³ Uma vez adotadas na nova norma, se fará necessário, também, atualizar-se a remissão cruzada da referida Resolução, constante na Instrução nº 14, de 2013, do DREI.

CONCLUSÃO

Em seu mister fiscalizatório, a ANEEL editou a Resolução nº 149, de 2005, que trata da anuência prévia à alteração de atos constitutivos dos agentes setoriais. Pressupondo a incidência no setor elétrico, a Agência motivou esta norma com base no Decreto-Lei nº 2.467, de 1940, e no Código Civil, no que tange a regra geral do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades. O regime obriga também a aprovação prévia de alteração de atos constitutivos.

Investigou-se a aplicabilidade deste regime ao setor elétrico, dadas as mudanças jurídicas ocorridas neste setor durante a edição do seu marco regulatório. O estudo do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades partiu do exame das fontes citadas na REN nº 149, de 2005.

Quanto ao Decreto-Lei nº 2.467, de 1940, sua derrogação é anterior à REN nº 149, de 2005, sendo incapaz de motivá-la desde a entrada em vigor do Código Civil, que passou a tratar da matéria.

Do estudo das disposições do Código Civil averiguou-se que o Estado promove o controle prévio do contrato ou estatuto social, bem como de suas alterações supervenientes, para fazer cumprir condicionantes estabelecidas na legislação, obstando o funcionamento societário do requerente até que ocorra a expedição do Decreto de autorização estatal.

Quanto à competência pelo ato, a autorização, nos casos em que se aplica, é aperfeiçoada por Decreto editado privativamente pelo chefe do Poder Executivo Federal, não se tendo acusado atribuição em Lei ou Decreto para que a ANEEL autorize funcionamento societário ou alterações dos atos constitutivos em nome do Poder Executivo. Este aspecto alcança parcialmente os Despachos da Agência suportados pela REN nº 149, de 2005, naquilo que tange ao regime examinado.

Apurou-se no Código Civil que, salvo para sociedades estrangeiras, cuja autorização se faz necessária para quaisquer objetos sociais, esta legislação não estabelece quais atividades econômicas motivam a necessidade da autorização para o caso de sociedades nacionais. O artigo nº 1.133 do Código Civil, utilizado para motivar a REN Nº 149, de 2005, estabelece o reexame das autorizações em caso de alterações societárias supervenientes, não dispondo especificamente sobre sociedades do setor elétrico. Ele se destina aos sujeitos a autorização inicial, comprovando que seu suporte fático em abstrato é incapaz, por si só, de motivar obrigações às sociedades do setor.

Entretanto, a natureza da obrigação aplicável ao setor de energia elétrica poderia advir de legislação especial em complemento ao Código Civil, exigindo a investigação de regras específicas, embora a REN nº 149, de 2005, não tenha formalmente apontado norma especial aplicável, dentre seus motivos legais.

Procedeu-se, então, o levantamento deste arcabouço jurídico, constatando-se a existência de normas instituindo a obrigação de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades do setor de energia

⁹³ O Processo ANEEL nº 48500.002763/1999-11 assunta a revisão integral da REN Nº 149, de 2005, no qual vem sendo avaliada a adoção dos aspectos propostos pelo autor neste capítulo.

elétrica a partir da década dos anos de 1930. Naquele momento inicial, até a constituição societária dependia de autorização.

Verificou-se que esta autorização estatal servia, também, para o controle subsidiário da própria delegação do desempenho das atividades econômicas da indústria de energia. Esta delegação, operada pelos institutos da concessão, permissão e autorização, se distingue da autorização estudada, de caráter notadamente societário.

O traço comum das normas específicas, e que justificou a aplicação do regime de autorização do Poder Executivo até 1995, é sua consubstanciação na exigibilidade de nacionalidade brasileira da sociedade de energia elétrica, de seus sócios, empregados ou controladores: requisitos exigidos isolada ou conjuntamente, a depender da época da legislação.

Examinou-se cada norma identificada, inclusive seus enlances jurídicos, concluindo-se que restaram integralmente revogadas, derradeiramente, com a edição da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que, para viabilizar maior ingresso de recursos no setor elétrico nacional, revogou o cerceamento jurídico a investimentos de capital de natureza estrangeira, que obrigava que as sociedades do setor fossem exclusivamente empresas brasileiras de capital nacional, isto é, aquela cujo controle efetivo estivesse em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno.

Ocorre que o setor de energia elétrica passou, nos anos de 1990, por uma profunda transição em busca da melhoria da prestação dos serviços públicos, amplamente reclamada pela sociedade. Para implementá-la, decisões políticas pautadas em aspectos socioeconômicos, edificaram um novo panorama jurídico para este setor.

A reformulação integral dos antigos regimes jurídicos de delegação dos serviços foi acompanhada da reorganização econômica do setor com a segmentação das atividades econômicas (geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica) e com a adoção, tanto quanto possível, do instrumento da concorrência para busca de melhoria de preços e qualidade.

Com o fito de recuperar os investimentos na infraestrutura, o desempenho estatal majoritário no setor, deu lugar a uma intensa delegação dos serviços à iniciativa privada, sem trespasse da titularidade da União pela atividade econômica.

Desvelou-se, então, que esta razão que embasava a incidência do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades no setor, incluindo as alterações dos atos constitutivos de tais sociedades, foi desconstituída e, com ela, a própria incidência do regime. Em pesquisa não foram acusados Decretos de autorização emanados após o ano de 1995, nem normas de registro de empresa exigindo tais atos para funcionamento de sociedades de energia elétrica.

Verificou-se, portanto, que a legislação geral do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar sociedades não estabelece a obrigação, nem incide para as sociedades de energia elétrica, pela inexistência de lei especial vigente que institua tal obrigação societária após a edição do marco regulatório. Com efeito, tal legislação não seria capaz de motivar a REN Nº 149, de 2005, não se aplicando ao processo fiscalizatório da ANEEL sobre a matéria.

Ainda para atrair investimentos, o Estado buscou migrar da qualidade de provedor dos serviços, com suas empresas estatais e de economia mista, para o papel de direção e fiscalização dos serviços, alicerçado no papel da ANEEL, estandarte da intermediação e do equilíbrio entre os interesses de investidores, consumidores e governo. Aos olhos da iniciativa privada, a agência estimula o investimento, por promover instituições fortes, credibilidade econômica do setor, respeito aos contratos, óbice a influências políticas e o afã expropriatório do Estado.

Para viabilizar delegações sob o amparo de um abrigo jurídico seguro, tanto para o Poder Concedente quanto para os delegatários, foram editadas novas regras para o regime jurídico das outorgas, composto pelos direitos e obrigações destas partes. À ANEEL coube o fazer cumprir das obrigações, atuando na regulação técnica e econômica, fiscalização, fomento e intermediação setorial.

Fato é que a exigibilidade de autorização estatal para o desempenho das atividades econômicas de geração, de transmissão, de distribuição e de comercialização de energia elétrica, deriva de injunção da própria Constituição da República. Entretanto, a Constituição Federal não determinou a autorização do Poder Executivo para a constituição e funcionamento destas sociedades.

No âmbito da nova legislação infraconstitucional de regência do setor elétrico, não se identificou a obrigação societária autorização para funcionar sociedades do setor elétrico, em nenhum dos regimes jurídicos de delegação das atividades econômicas, em nenhum segmento de atividade, nem vinculadas à nenhuma das formas próprias de delegação: autorização, concessão ou permissão dos serviços ou instalações de energia elétrica. Revisão pormenorizada foi também realizada no conjunto de obrigações inerentes ao direito societário que foram apropriados pela regulação, sem se constatar a incidência do regime de autorização do Poder Executivo para funcionar.

Entretanto, identificou-se, caso a caso dos atos ou contratos de delegação, a prescrição do dever dos agentes submeterem à prévia anuência da ANEEL as alterações dos seus atos constitutivos para fins de gestão da delegação.

Verificou-se que esta obrigação de prévia anuência é de natureza essencialmente regulatória e está fundada no exame da regularidade jurídica dos atos constitutivos que é feito no momento da outorga, devendo ser refeito em eventuais alterações no decorrer da delegação. Trata-se de uma tutela regulatória preventiva, voltada a garantir a prestação adequada do serviço, se justificando face o desempenho das atividades delegadas.

Entretanto, comprovou-se que a finalidade da fiscalização por meio da anuência prévia regulatória é distinta da autorização do Poder Executivo para funcionar uma sociedade. Coincide, entretanto, o insumo da análise: as alterações estatutárias.

Por consequência, e de forma análoga à anuência prévia regulatória, as alterações dos estatutos e contratos sociais supervenientes à autorização para funcionar sociedade são controladas para garantia contínua de atendimento às restrições societárias estabelecidas.

Do exame dos contratos de concessão e resoluções autorizativas e normativas da ANEEL, resta a conclusão de que os deveres de anuência prévia sobre atos constitutivos não foram estabelecidas de forma uniforme e isonômica dentre a totalidade de delegatários, quer seja em razão dos segmentos, quer seja pelos regimes jurídicos aplicáveis. Isto contrasta com os termos da REN Nº 149, de 2005, que, com base no regime de autorização de funcionamento societário, estendeu a obrigação a delegatários cuja outorga seja silente sobre o mandamento.

Na revisão sobre as competências da ANEEL confirmou-se sua incumbência de cumprir e fazer cumprir os termos das outorgas, o que inclui a prévia anuência regulatória para alterações dos atos constitutivos dos outorgados, nos casos em que tal encargo tenha sujeição especial prescrita. Testificou-se também a capacidade da ANEEL em regulamentar a matéria, nos limites dos fins regulatórios.

A partir dos estudos empreendidos na presente pesquisa, foi possível formular sugestões para o tema, que foram minudentemente tratados no último capítulo, quais sejam: (i) – incluir na Lei nº 9.427, de 1996, dever cogente aos delegatários de submeter suas alterações dos atos constitutivos ao prévio exame da ANEEL; (ii) instituir competência deliberativa e normativa da ANEEL sobre a matéria na Lei nº 9.427, de 1996, e no Decreto nº 2.335, de 1995; (iii) aditar os contratos de outorga e rever os atos de outorga para inclusão da obrigação nos casos silentes, uniformizando-se o tratamento da matéria; e (iv) alterar a fundamentação da REN Nº 149, de 2005, excluindo o motivo de autorização do Poder Executivo pra funcionar.

Ademais, constatou-se a necessidade de reformulação do âmbito de aplicação, da abrangência e da motivação da norma; da simplificação do sistema de fiscalização da matéria dada a ilibação da ANEEL quanto ao regime de autorização; da evolução da norma para indução regulatória da governança corporativa no setor; e, por fim, da celebração de convênio da ANEEL com o órgão de registro de empresas para cooperação de dados e desburocratização de procedimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVARES, Walter Toledo. *Instituições de Direito de Eletricidade*. Belo Horizonte, MG: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962.
- 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. Processos e Ofícios. Documentos públicos disponíveis *in loco* na sede da ANEEL. Acessos entre 2011 e 2014.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Legislação Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em 2014.
- BRASIL. Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI. Legislação Instruções Normativas do Departamento. Disponível em <<http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas>> Acessos em 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Portal da Legislação do Governo Federal. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. 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.
- BARBOSA, Denis Borges. Direito de Acesso ao Capital Estrangeiro: A noção jurídica de empresa brasileira após as emendas constitucionais de 1995. In: ____ *Direito do Desenvolvimento Industrial*. São Paulo: Lumen Juris, 1996, 1.v. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/constitucional.html>
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fontes. Arts. 966 a 1.195 – Empresa. In: PELUSO, Cezar (coord). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei nº 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011, PP. 985-1146.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários a lei de sociedades anônimas*. volume 4: tomo II. 3 ed., São Paulo, SP: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 2ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2005, pp. 190-199.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 1 e Volume 2. 16 ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.
- FIUZA, Ricardo. (coord) *Novo Código Civil Comentado*. 5ª ed. atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2007.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2005, pp. 39-71.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 46, jan./mar. 2004, p. 74-106.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo, SP: Dialética, 2003.
- LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1996. Volume II – Pareceres.
- LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1997. Parte 2. A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 e Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.
- LEVY, Brian and SPILLER, Pablo. *A framework for resolving the regulatory problem, in Regulations, Institutions and commitment: comparative studies of telecommunications*. First edition. New York: 1996, pp. 1-35. Disponível em: <<http://books.google.com.br/>>
- MANKIOW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macro economia*. Tradução de Maria José Cylar Monteiro. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2005, pp. 39-71.

ROQUE, Sebastião José. *Direito Societário*. São Paulo: Ícone, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de Siqueira. *Transferência do Controle Acionário: Interpretação e Valor*. Niterói, RJ: FMF, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2008.

TURCZYN, Sidney. O Direito da Concorrência e os Serviços Privatizados In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 2ª tiragem, 2005, pp. 200-210.