

ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA: A ANTIJURIDICIDADE DA TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS (E DO SERVIÇO) AOS MUNICÍPIOS E O DIREITO À LUZ NO ESPAÇO PÚBLICO DAS CIDADES**PUBLIC LIGHTING ASSETS: THE UNLAWFUL TRANSFERENCE OF PUBLIC LIGHTING ASSETS AND SERVICE TO THE MUNICIPALITIES AND THE RIGHT TO THE LIGHT IN CITIES PUBLIC PLACES**

Alexandre Curvelo¹
Mártin Haerberlin²
Alexandre Pasqualini³

Resumo

Uma resolução normativa determinou a transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública aos Municípios, gerando preocupação sobre o direito à luz nos espaços públicos das cidades, considerando a falta de recursos financeiros, pessoais e técnicos dos entes municipais. De acordo com pesquisa recentemente realizada por instituição de defesa de interesses municipalistas em âmbito nacional, diversos Municípios não realizaram a transferência e seus representantes desconhecem suas consequências. O objetivo do presente artigo é abordar dois problemas: a juridicidade da transferência e a possibilidade de os Municípios prestarem o serviço. Os métodos de abordagem utilizados foram o indutivo e o dedutivo (na medida em que se entende que o sistema não pode ser analisado tão somente partindo-se do arcabouço normativo) e os métodos de interpretação o normativo-estruturante (na busca de resolução do primeiro problema) e sistemático (na busca de resolução do segundo problema). Ao fim, conclui-se que, embora a transferência seja inconstitucional e ilegal por diversas razões, é possível, em interpretação conforme, salvar sua juridicidade, desde que transformada a obrigatoriedade da resolução em uma faculdade, com concordância do ente municipal.

Palavras-chave: Ativos. Iluminação Pública. Transferência. Direito à luz. Espaço Público.

Abstract

A normative resolution determined the transference of public lighting assets and service to the Municipalities, generating concerns about the right to the light in cities public places, considering their lack of financial, personal and technical resources. According to a research carried out by a national institution of municipal interests defense, several Municipalities did not make the transference and its representatives are unaware of its consequences. The purpose of this article is to address two problems: the lawfulness of this transfer and the possibility of Municipalities to provide the service. The methods of approach used were the inductive and the deductive (while it seems the system can not be analyzed only from the

¹ Pós-Doutorado em andamento em Direito (Universidade de Heidelberg, desde 2015). Professor de Direito Administrativo (ESA). E-mail: alexandre@curvelopasqualini.com.br

² Pós-Doutorado em andamento em Economia (UFRGS, desde 2016), com bolsa da CAPES (Processo n. 23038.004864/2015-63). Pesquisador Visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2013). Professor de Teoria Geral do Direito e de Direito Administrativo (Laureate/UniRitter). E-mail: mphaeberlin@gmail.com

³ Mestre em Direito do Estado (PUCRS, 1999). Coordenador Geral da Revista Interesse Público. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público – IBRAED. Professor de Direito Administrativo (ESA). E-mail: alepaz@terra.com.br

normative framework) and the methods of interpretation were the normative-structuring (addressing the first problem) and systematic (addressing the second problem). Finally, it is concluded that, although the transference is unconstitutional and illegal for several reasons, it is possible, in a “conforming interpretation” exercise, to save its legality, if the normative resolution obligation is understood as a faculty, with the agreement of the Municipalities.

Keywords: Assets. Public lighting. Transference. Right to the light. Public places.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Resolução Normativa n. 414, de 9 de setembro de 2010, reformulou as condições gerais sobre o fornecimento de energia elétrica, determinando, em seu artigo 218 (já considerando a redação alterada pelas posteriores Resoluções Normativas n. 479/2012 e n. 587/2013), que as concessionárias distribuidoras de energia elétrica seriam obrigadas a transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) à pessoa jurídica de direito público competente até o prazo-limite do dia 31 de dezembro de 2014. Em leitura combinada com o art. 21 do ato normativo, isso significa que as concessionárias deveriam transferir esses ativos (luminárias, lâmpadas, relés, reatores, etc.) aos municípios de suas respectivas localidades.

A modificação da responsabilidade em relação aos ativos de iluminação pública foi recebida com preocupação pelos representantes dos Municípios e por entidades municipalistas. Diante do público e notório combalimento das finanças públicas (especialmente as municipais), a transferência implicava, real ou potencialmente: retirada de verbas de outras áreas prioritárias (como saúde, educação e segurança); repasse de encargos ao consumidor; ou, mesmo, problemas na prestação do próprio serviço de iluminação pública, considerando a inexistência, na maior parte dos municípios, de infraestrutura e de recursos humanos e técnicos adequados para essa atividade. Ainda, houve certa consternação, também, quanto à possibilidade de eventuais configurações de improbidade administrativa de agentes públicos municipais que não realizassem a transferência, ainda que por força dessas referidas impossibilidades fáticas.

Diante de tal cenário, o presente artigo aborda dois problemas relacionados à temática dos ativos e de sua transferência, quais sejam: i) a juridicidade da transferência de ativos de iluminação pública na forma de uma obrigação aos municípios; e ii) no caso da transferência ser antijurídica (inconstitucional e/ou ilegal), a possibilidade de os Municípios prestarem esse serviço, considerando que diversos municípios, conforme pesquisas citadas abaixo, já receberam, por transferência, os ativos.

Enfrentamos esses problemas em plano de trabalho que inicia com uma abordagem inicial sobre os ativos e sobre o serviço de iluminação pública, considerando o panorama fático de sua transferência aos Municípios – incluindo a divulgação de uma pesquisa inédita sobre o tema, realizada pela Confederação Nacional de Municípios. Após, pontuamos aspectos jurídicos relacionados à transferência dos ativos de iluminação pública, voltados à disciplina jurídico-

normativa dos bens públicos, à repartição constitucional das competências administrativas e ao princípio da reserva legal. Como exposto desde o início do texto, a questão dos ativos interliga-se àquela do serviço propriamente dito. Assim considerando, na última parte do texto, abordamos os aspectos jurídicos relacionados à transferência do serviço, considerando o princípio da subsidiariedade, o mandamento de prestação “adequada” dos serviços públicos e aspectos contratuais da questão, notadamente aquele relativo à regra da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos.

Com tal plano de trabalho, buscamos, assim, a resolução daqueles dois problemas levantados, o que significa a resolução, com bases teóricas sólidas, no plano doutrinário, normativo e jurisprudencial, de uma relevante questão prática enfrentada, atualmente, pelos mais de 5 mil municípios brasileiros.

ILUMINAÇÃO PÚBLICA: OS ATIVOS, O SERVIÇO E O PANORAMA FÁTICO DE SUA TRANSFERÊNCIA AOS MUNICÍPIOS

O histórico da transferência e o panorama fático atual

As condições gerais de fornecimento de energia elétrica são, historicamente, disciplinadas pelos órgãos do Governo Federal responsáveis pela estrutura e pelo sistema de abastecimento da energia elétrica à sociedade, assim ocorrendo desde a edição da Portaria n. 345, de 27 de março de 1957, pelo Ministério da Agricultura. Após, também por meio de portaria, coube ao Departamento Nacional de Produção Mineral, ao Ministério das Minas e Energia e ao Departamento de Águas e Energia Elétrica, respectivamente, estabelecer normativas regulatórias, até que, em 29 de novembro de 2000, coube à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), agência atualmente responsável pelo sistema, editar sua primeira Resolução de condições gerais (a Resolução ANEEL n. 456).

Por interesse das “Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica e Consumidores”, instaurou-se, na referida agência reguladora, o processo n. 48500.002402/2007-19, o qual teve por objeto uma revisão daquela Resolução ANEEL n. 456. Após a realização de audiências (para público interno, em 2007, e pública, em 2008) e de consulta pública (em 2009), foi elaborada uma minuta final, publicada, posteriormente, na forma da Resolução Normativa n. 414, em 9 de setembro de 2010.

Essa resolução normativa, dentre outras diversas questões, editou, em seus artigos 21 a

26, normas sobre a iluminação pública. Mais especificamente, já considerando a redação do art. 21 alterada pela posterior Resolução Normativa n. 479, de 3 de abril de 2012, prescreveu como de responsabilidade do ente municipal (em exercício direto ou por sua delegação) as atividades relacionadas às instalações de iluminação pública. Já em seu art. 218, também alterado em sua redação original, promoveu a transferência de ativos de iluminação pública, o que a Resolução Normativa fez com a seguinte redação:

Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

§ 2º Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições:

I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II – a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

§ 3º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014.

(...)

A transferência de ativos de iluminação pública provocada pela Resolução Normativa da ANEEL é uma modificação crucial dentro de um sistema maior que inclui a geração, a transmissão e a distribuição de energia e, nesta, o fornecimento de energia não apenas diretamente para os consumidores, mas para os usuários do sistema também no espaço público, como em logradouros e praças. Por sua relevância, a questão foi objeto de inúmeros debates, em um ambiente de intensa discussão sobre os possíveis efeitos práticos dessa transferência.

Esses efeitos práticos ainda não são de todo conhecidos, pela atualidade do tema, considerando que a obrigação do recebimento dos ativos tinha a data limite de 31-12-2014.

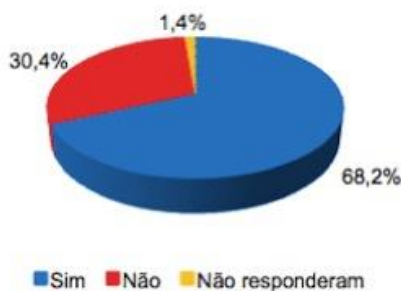
Conforme balanço divulgado pela ANEEL, em 06-11-2014, dos 5.564 municípios brasileiros, a transferência não havia ocorrido em 1.809 municípios, cerca de 32% do total (Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=8218&id_area=90. Acesso em: 27 dez. 2016).

No ano de 2015, a Confederação Nacional de Municípios realizou pesquisa com 2.578

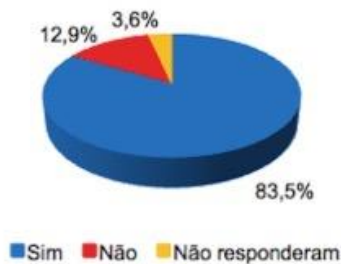
municípios, onde identificou que 30,4% deles ainda não havia recebido os ativos. A pesquisa inédita (cuja autorização recebemos para publicar, pioneiramente, no presente texto), mostrou que, dentre os entrevistados, 83,5% disse ter ciência do impacto que isso representou às contas do Município, em que pese apenas 16,3% tenha tomado alguma medida contra a transferência. Os dados completos podem ser visualizados nas representações gráficas abaixo, produzidas exclusivamente por aquela entidade:

Total de Municípios Pesquisados: 2578

A concessionária de energia elétrica já transferiu os ativos de iluminação pública ao Município?



O Município tem ciência do impacto que isso representou às contas (ou infraestrutura) do Município, bem como eventuais reclamações relacionadas à transferência?



1. A concessionária de energia elétrica já transferiu os ativos de iluminação pública ao Município?

Sim	1.758	68,2%
Não	785	30,4%
Não responderam	35	1,4%
Total	2.578	100,0%

Se a questão 1 for "Sim"

1.1. O Município tem ciência do impacto que isso representou às contas (ou infraestrutura) do Município, bem como eventuais reclamações relacionadas à transferência?

Sim	1.468	83,5%
Não	227	12,9%
Não responderam	63	3,6%
Total	1.758	100,0%

2. O Município já tomou alguma medida judicial contra a transferência dos ativos?

Sim	421	16,3%
Não	2.015	78,2%
Não responderam	142	5,5%
Total	2.578	100,0%

Percebe-se, das pesquisas, que, não obstante já transcorrido o prazo para a transferência, boa parte dos Municípios brasileiros não receberam os ativos, nos termos determinados pela ANEEL. O dado que parece se sobressair, porém, é aquele de que, mesmo se estando em zona de incerteza quanto aos efeitos da transferência, uma vez que se trata de obrigação recente, mais de 4/5 dos representantes municipais (número, portanto, maior do que os que disseram ter recebido os ativos) afirmaram ter ciência do impacto da transferência no orçamento, na infraestrutura ou na prestação do serviço. Ainda assim, vale notar, é pequeno o percentual de Municípios que resolveram adotar alguma medida contra a transferência.

A responsabilidade pela iluminação pública: uma questão de natureza constitucional

Não há como analisar a questão da responsabilidade sobre a iluminação pública sem perceber a gravidade do tema, incluindo a preocupação, que não se pode hostilizar, de perigo à continuidade do serviço de iluminação pública, o que importaria deixar espaços públicos às escuras. Há, outrossim, lados bem identificados que correspondem a análises dissonantes sob o seu aspecto jurídico.

Trata-se de um tema, por excelência e por natureza, constitucional. Ocorre, porém, que os dois lados da controvérsia avocam, em suas interpretações, a Constituição para si. Uns suscitam a inconstitucionalidade do dispositivo, principalmente por ter estabelecido obrigação não decorrente de lei; outros defendem sua constitucionalidade, principalmente por considerar que a iluminação pública seria “interesse local” e, pois, responsabilidade dos municípios.

A interpretação que prevaleceu para a edição da resolução normativa foi a da constitucionalidade, conforme se pode perceber do citado processo da ANEEL cuja instauração deu-se por provocação das concessionárias de distribuição de energia. Sem adentrar em detalhes de seu entendimento, o relator assim afirmou:

Outro aspecto que reputo de grande importância é a obrigação de se promover a transferência dos ativos de iluminação pública, ainda em posse de algumas distribuidoras de energia elétrica, para os respectivos municípios, objetivando deixar claramente definida a competência da municipalidade para a prestação desses serviços, conforme previsão constitucional.

(BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Voto no processo n. 48500.002402/2007-19. Julgado em 09 set. 2010. Relator: Diretor Romeu Donizete Rufino.

Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414_1.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2016)

A Constituição Federal de 1988 é um documento de marcada pluralidade. O fato de pessoas e grupos de pessoas adotarem sobre ela um determinado entendimento, contudo, não permite concluir que a Constituição diga, sob o mesmo aspecto e ao mesmo tempo, coisas diferentes e incompatíveis entre si. Não se pode a compreender, como ensina Cass Sunstein (2009, p. 19), sob um viés de “*many minds argument*”, no sentido de que ela pode ser interpretada de acordo com a preferência de grupos.

Em vez de enxergar o documento constitucional consagrando essas diversas

mundivisões, cabe ao intérprete entender, antes de tudo, o que decorre de sua interpretação consentânea com os valores e princípios nela elencados, em análise estrutural e sistemática. Ainda que se pudesse falar em um direito suprapositivo no plano dos princípios, ao qual as normas constitucionais devessem obediência (BACHOF, 1951, p. 54), no plano das regras constitucionais há de se revitalizar o entendimento – de tão clássico, contemporâneo – de que a Constituição não rivaliza posições normativas, isso é, não consagra antinomias em si mesma. Aliás, quaisquer antinomias não se podem presumir. Na lição de Carlos Maximiliano (2005, p. 110), “[m]ilitam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico.” Daí porque caberia ao intérprete examinar as expressões que se contradizem atentamente, para descobrir “[...] o nexó oculto que as concilia” (Idem, *ibidem*).

A tarefa imposta a esse texto, em última análise, é exatamente a de demonstrar esse “nexo oculto” da falsa antinomia que se apresenta entre a posição da constitucionalidade e a posição da inconstitucionalidade da obrigação de transferência de ativos de iluminação pública aos municípios. Inclusive porque, como se pretende demonstrar, o patrimônio e as competências administrativas e legislativas dos entes federados no contexto do serviço de fornecimento de energia elétrica (serviço esse que abrange a iluminação pública) está suficientemente demarcada no texto constitucional.

Fazemos desde logo, porém, uma consideração necessária. Na discussão travada sobre a iluminação pública desde que editada a resolução, costuma-se tratar da transferência de ativos apenas sob a ótica da transferência de ativos, em análise daquele art. 218. Entretanto, a transferência, em si, não é suficiente para o entendimento da questão. Isso porque, junto ao citado dispositivo, a Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL editou disposições sobre a iluminação pública, dentre as quais se lê, no art. 21, a seguinte prescrição:

Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.

§1º A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.

§2º A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação de capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes, quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ 1º a 4º do art. 43.

A redação enseja uma clara premissa inicial: a transferência de ativos de iluminação

pública não é meramente uma transferência de ativos de iluminação pública. Sob essa premissa, e apenas sob essa premissa, é possível entender a revisão das condições gerais de fornecimento de energia elétrica, especificamente no ponto em que, além de transferir ativos de iluminação pública para os municípios, transferiu a esses o serviço relacionado às instalações de iluminação pública.

A própria resolução normativa, vale notar, trata, no § 1º do art. 21, como “serviços” aquelas atividades referidas no *caput* (elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações). Houve, portanto, uma transferência de ativos e, para a sua realização, a transferência de atividade (um serviço público) relacionado à iluminação pública. Adequado, por isso, falar-se em uma “[...] *política energética constitucional*, centrada na reserva de bens (fontes de energia) e *atividades* (processos produtivos de energia e seu oferecimento) para o Estado brasileiro.” (LOUREIRO, 2010, p. 123, grifos no original). É a constitucionalidade dessa transferência binária, dos ativos e de um serviço, que deve ser analisada, razão pela qual sobre elas passamos a nos ater, em itens específicos.

TRANSFERÊNCIA DE “ATIVOS” DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, conforme anteriormente delineado, analisamos aspectos jurídicos relacionados à transferência dos ativos de iluminação pública. Para tanto, desenharemos esses aspectos considerando três tópicos distintos: i) a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos; ii) a repartição constitucional das competências administrativas; e iii) o princípio da reserva legal.

A energia elétrica na disciplina jurídico-normativa dos bens públicos

Pode-se discutir a natureza jurídica da energia elétrica enquanto bem. Pontes de Miranda, por exemplo, após afirmar que as energias e a eletricidade não seriam corpóreas, falava das “vacilações” dos juristas e de sua surpresa com o aparecimento da energia elétrica. Por sua perplexidade, dizia Pontes (1984, p. 144), os juristas “[...] não admitiram que se tratasse de ‘coisa’: para eles, energia e matéria são distintas e irreduzíveis, o que denuncia a permanência de superado e irritante aristotelismo.” A energia, entendia ele (1984, p. 145), “[...] é coisa, como o ar, a água, a terra; tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia.”

Se se pode discutir sua natureza jurídica, há o que não se pode discutir, juridicamente,

sobre a energia elétrica. Não se pode discutir: que ela é um bem; que esse bem é público; que, na disciplina jurídico-normativa dos bens públicos, nossa atual Constituição a reservou à União; e que ela deve ser considerada, enquanto bem, a partir do seu aproveitamento econômico, e daí as “especificidades” referidas por Pontes.⁴

Bem, para efeitos jurídicos, é aquilo a que um interesse legitimado pela ordem jurídica conecta a um sujeito. Em outras palavras, aquilo que se pode apreender, em uma determinada ordem de coisas, com poder para irradiar relações jurídicas. Conquanto pode-se apreender a energia elétrica com vista à formulação de relações jurídicas, é ela um bem.

Um bem pode ser considerado *público* em dois sentidos. Em um sentido mais abrangente, é possível entender “público” um bem cujas características impõem o seu uso pela coletividade, como ocorre, via de regra, com os bens de uso comum do povo, a exemplo do meio ambiente, assim consagrado no art. 205 da Constituição Federal. Também podemos dizer “público”, em um sentido mais usual, quando aquilo que se apreende irradiando relações jurídicas conecta-se, *ex vi lege*, a uma pessoa jurídica de direito público, tomando a Administração Pública sua regulamentação. Tendo em conta esses dois sentidos, José Cretella Júnior (1978, p. 204) conceitua domínio público como “[...] conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público.” É no sentido mais usual que o nosso Código Civil, a seu modo e não sem alguma imprecisão, dispõe em seu art. 98 que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”. A energia elétrica é um bem público porque deve ser destinada à coletividade. Mas o é, mais clara e especificamente, quando a Constituição Federal conecta as principais fontes de energia, com força cogente, a uma pessoa jurídica de direito público.

A pessoa jurídica de direito público a qual nossa atual Constituição conecta, como bens, fontes de energia elétrica, é a União. É dizer: a energia elétrica, com relação a essas fontes, é *bem da União*. Uma vez que a Constituição proclama como “bens da União” (art. 20) os “recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva” (inciso V), os “potenciais de energia hidráulica” (inciso VIII) e os “recursos minerais, inclusive os do subsolo” (inciso IX) – e reforça esse domínio no art. 176, prescrevendo que “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União [...]” –, podemos

⁴ Cf. MARQUES NETO, 2005.

constatar que seu domínio estende-se a uma maciça maioria das fontes energéticas.⁵ Aos demais entes federados, nos termos do § 1º do art. 20, a Constituição não consagra qualquer domínio dessas fontes, apenas assegura “participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.” Não há inovação da Constituição Federal de 1988 neste ponto. A energia sempre foi um bem público relacionado às listas da União. Isso, é claro, considerando o tempo a partir do qual as Constituições federativas, em 1934, passaram a tratar especificamente do tema.⁶

Demonstrado que a energia elétrica é um bem público conectado à União, resta um último ponto sobre o qual, razoavelmente, não se pode sobre ele discutir: a energia elétrica deve ser considerada, enquanto bem, a partir do seu aproveitamento econômico. Não à toa, os documentos constitucionais vêm reiterando, como faz o citado art. 176 da atual Carta, que os potenciais energéticos não se confundem com o solo, importando, antes, sua exploração e o seu aproveitamento econômico. O próprio Código Civil, em seu art. 1.230, acompanha a redação da Constituição nessa distinção e, ao tratar sobre energia, no art. 83, I, ressalva que bem móvel não seria qualquer energia, e sim “as energias que tenham valor econômico”.

Ora, o valor econômico dos potenciais energéticos está na sua exploração, isso é, no momento em que – forçando certo aristotelismo, por didático – essa energia, em potência, traduz-se em suas formas variadas de consumo, em ato.

⁵ No que se refere à geração de energia, segundo a ANEEL, havia, em 2008, 1.768 usinas em operação e mais de 1.100 agente regulados (entre concessionárias de geração, comercializadores, autoprodutores e produtores independentes). Só as usinas hidrelétricas respondiam por 71,20% da geração da energia, seguidas pelas usinas termelétricas - relacionadas, em grande parte, aos recursos naturais e minerais –, que respondiam por 24,22% da geração. Cf. BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica, 2008, p. 34-5.

⁶ A ausência de disposição específica sobre energia na Constituição de 1891 pode ser explicada pelo contexto da época, quando o conhecimento do potencial energético (notadamente sobre a energia elétrica) era incipiente. Embora o uso da corrente de eletricidade tenha se iniciado no Brasil em 1879 (com a iluminação da estrada de ferro D. Pedro II, o qual conheceu Thomas Edison em 1876 e quis trazer ao Brasil a inovação), a fonte utilizada fora, à época, um motor a vapor. A primeira usina termoeleétrica (Fiat Lux) entrou em operação, no Brasil, apenas em 1887, e a primeira hidrelétrica (Marmelos Zero) em 1889. Cf. CENTRO DA MEMÓRIA DA ELETRICIDADE NO BRASIL. *Primeiras Experiências*. Disponível em: <<http://www.memoriadaeletricidade.com.br/default.asp?pag=3&codTit1=44291&pagina=destaques/almanaque/historia&menu=387&iEmpresa=Menu#44291>>. Acesso em 17 jan. 2015. A partir da Constituição de 1934, pôde-se sempre ler essa conexão entre a energia – em seu aproveitamento econômico – e a União, consoante se pode perceber dos seguintes dispositivos, que, quando não estabelecem o domínio, estabelecem a competência da União para legislar sobre o tema e a necessidade de autorização federal para o seu aproveitamento: CF/1934 (art. 5º, XIX, “j”; art. 119; CF/1937 (art. 16, XIV e XV; art. 143; art. 144); CF/1946 (art. 5º, XV, “l”; art. 153); CF/1967 (art. 8º, XV, “b” e XVII, “i”; art. 161).

É um ilustre civilista que, ao tratar da energia em seu tomo dedicado ao direito das coisas, que elucida sobre esse ponto, enfatizando que:

[a] energia, mesmo quando “natural”, não é aproveitável, de modo directo, pelo cidadão comum. Apenas uma teia de actuações e serviços – de produção, de transporte, de distribuição e de venda – permite, a cada um, dispor de energia para consumo. Assim, a energia apresenta-se mais como produto duma prestação de serviço – o de fornecimento de energia – do que como algo de, directamente aproveitável. (MENEZES CORDEIRO, 2002, p. 148)

A Constituição preocupou-se em fazer pertencer à União, notadamente, esse valor econômico da energia, que é a sua realização na forma de consumo, pelo usuário final. Todavia, esse valor econômico só se extrai quando colocado em movimento dentro de uma rede que inclui geração, transmissão e distribuição da energia.

Nesse sentido, podemos afirmar que, para efeito de sua exploração econômica, a energia deve ser considerada nessa rede de interconexões, nesse contexto do valor econômico que geram. A infraestrutura, aliás, ela mesma, pode ser entendida como “[...] um certo conjunto de recursos definido em termos do modo como esses recursos criam valor [...].” (FRISCHMAN, 2012, p. ix, tradução nossa) Em tal contexto, a energia elétrica apresenta-se em papel central, de modo que as fontes energéticas – motor de um país por seu produto final –, conserva, sempre e sempre, um carácter nacional. Ela, a energia, não pode ser escondida, na forma de um interesse local – e aqui já se avança no terreno do próximo ponto –, em um recôndito qualquer de um país. Como parte de uma rede, todo fornecimento de energia elétrica é bem da União.

Essa compreensão é corroborada pela legislação infraconstitucional. Note-se que o Decreto n. 41.019/1957 obriga, em seu art. 54, a realização de um inventário de bens e instalações utilizados na produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, bens os quais, segundo o art. 63 desse Decreto, são vinculados a esses serviços.

A partir dessas considerações, afirmamos que os chamados ativos de iluminação pública (luminárias, lâmpadas, relés, reatores, etc.) fazem parte dessa rede, indivisivelmente da União, para efeito de sua exploração econômica, não pertencendo, pois, às concessionárias ou à Agência Nacional de Energia Elétrica.

Desse modo, a Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL, ao obrigar uma transferência de bens da União para Municípios a pretexto de “cumprir a Constituição”, promove uma interpretação da Carta Magna duplamente equívoca, incorrendo em inconstitucionalidade. Primeiro, porque promove, de forma cogente, uma cessão de bens da

União aos Municípios sem declaração de vontade, quer da União, quer dos Municípios (a rigor, distribuidora e agência acabam, pela resolução normativa, a doar o que não é seu para quem, no mais das vezes, não quer receber). Segundo, porque, ao promover essa cessão, redesenha equivocadamente a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos estabelecida na Constituição e na legislação infraconstitucional.

A energia elétrica na repartição constitucional das competências administrativas

Ao largo das competências para legislar sobre determinadas matérias, os Estados federados costumam contemplar competências para administrar.

Evidentemente, competências legislativas e administrativas não se podem desdizer mutuamente. Assim como não se podem sobrepor, umas as outras, tais competências. Lidas em conjunto, competências legislativas e administrativas demonstram os poderes essenciais dos entes federados para a dinâmica da Constituição, haja vista que, na conhecida lição de Otto Mayer (1895, p. 3, tradução nossa), “[a] Administração é ação do Estado na realização de seus fins.” Dessa leitura das competências, a partir da consideração do grau de autonomia dos Estados-membros e dos municípios, pode-se também extrair a qualidade de uma federação.

A energia, por sua importância, é matéria contemplada, em nossa Constituição, tanto nas competências legislativas como nas administrativas.

No que tange à competência legislativa, estamos em clareza solar. Ela é, privativa e definitivamente, da União, na dicção que lhe dá o art. 22, IV: “Compete privativamente à União legislar sobre [...] águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”. Concomitantemente à competência privativa para legislar sobre “energia” (genericamente), insere-se ali no artigo, também, a competência exclusiva da União para legislar sobre “jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia” (inciso XII) e sobre “atividades nucleares de qualquer natureza” (inciso XXVI), contemplando, nesses dispositivos, outras fontes de energia além da água. Não é resistível, portanto, a interpretação que impede competência legislativa a outros entes federados para legislar em matéria de energia.

A redação constitucional sobre as chamadas competências administrativas, todavia, embora não evasiva, suscitou controvérsia exatamente no ponto que estamos aqui a tratar: a iluminação pública. Questiona-se se a competência administrativa em relação à iluminação pública seria da União ou dos Municípios.

A atual Constituição conferiu competências administrativas privativas, de modo explícito, apenas à União (art. 21) e aos municípios (art. 30). Evidentemente, não se pode dizer, com isso, que não foram outorgadas aos Estados competências administrativas dentro do nosso sistema constitucional. Essas competências são aquelas de natureza comum, isso é, dividida com outros entes federados (art. 23), ou de natureza residual (art. 25, § 1º), isso é, compete-lhe o que não for privativamente federal ou municipal.

A controvérsia interpretativa sobre a competência administrativa relacionada à iluminação pública é posta porque, de um lado, o art. 21, XII, alínea “b”, da Constituição dispõe que “compete à União [...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão [...] 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” e, de outro, o art. 30, V, dispõe que “compete aos Municípios [...] organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Somar-se-ia a esse dispositivo o art. 149-A da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 39/2002, o qual prescreve a possibilidade de os municípios instituírem “[...] contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.”

Eis a questão que se coloca: a competência para o serviço de iluminação pública é da União, por caber a esta, em articulação com os Estados, explorar – diretamente ou por delegação – os serviços e instalações de energia elétrica, ou é dos Municípios, por caber a estes explorar – diretamente ou por delegação – os serviços de interesse local (considerando-se ainda que os Municípios podem instituir contribuição para o custeio desse serviço)?

É crível estarmos diante, pois, de uma antinomia. E, conforme já referido, ao intérprete, considerando que a antinomia é sempre uma exceção, cabe o esforço contínuo de encontrar o “nexo oculto” que concilia dispositivos aparentemente em contradição. Dizia mesmo Bobbio (2010, p. 240), o “direito não tolera antinomias”.

Desde esse esforço, podemos ver que, no caso, estamos mesmo diante de uma antinomia. Uma antinomia aparente. Dizem-se aparentes, em uso técnico, aquelas antinomias que se podem resolver a partir de regras próprias para a sua solução.⁷ No caso da suposta colidência entre as referidas competências administrativas, há uma regra interpretativa. E ela é relativamente simples. Dita o seguinte: quando houver sobreposição entre competências

⁷ Cf. BOBBIO, 2010, p. 249-54.

explícitas com outras competências genéricas, como aquela relacionada a “interesse local”, deve-se entender que o conflito se resolve em favor das competências explícitas.

Estamos aqui nada mais que concretizando o critério da especialidade, exposto, em outro contexto, como regra escrita no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No contexto aqui referido, é regra interpretativa contemplada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em uma linha de raciocínio válida tanto para as competências legislativas como para as competências administrativas. Com efeito, em caso que envolvia dúvida sobre a competência de os Estados legislarem sobre o serviço de telecomunicações, a Corte Suprema, consagrando entendimento já manifestado em outros julgados, ditou a inconstitucionalidade de lei estadual que, por vedar tarifa de assinatura básica, adentrava em competência da União. (STF, ADI 3.847, 2011) De acordo com o relator, no voto prevaiente, “[...] havendo dúvida em relação a qual catálogo de competências recai determinada matéria e, portanto, ao indicar-se quem tem prerrogativa para legislar em um assunto, deve ser feita a subsunção da lei em relação ao título dos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de todo ente federado – artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal. [...]” Após esse exercício, sustentou o relator, “deve-se conferir se essa situação sujeita-se à estrutura básica descrita na competência em análise. Ainda, deve-se observar o fim primário a que se destina a norma.” Extrai-se, da conclusão do julgado e de sua *ratio decidendi*, que não pode o Município, a pretexto de um “interesse local” – como aquele constante do art. 30, I da CF/88 –, legislar na circunscrição dos limites dedicados à competência privativa da União.

O “interesse local” do art. 30, I, não é diferente, nessa toada, do “interesse local” do art. 30, V, nem em sua ontologia, nem na jurisprudência do Supremo. Também ele, mesmo em se tratando de uma competência material (não legislativa) obedece a um caráter supletivo e regrado de acordo com a “estrutura básica descrita na competência em análise”. Daí porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já ter afirmado que a competência para prestar determinado serviço e para regulamentar esse serviço devem caminhar juntas. Parece mesmo lógico que, “[...] se a prestação desse serviço compete aos Estados-membros [caso de transporte intermunicipal], esses detêm competência também para regulamentar essa prestação.” (STF, ADI 2.349, 2005)

É válido, assim, entender que a competência administrativa relacionada a “interesse local” é subsumível ao Município apenas se não converge com o rol de competências atribuídas explicitamente à União – como mandamento da especialidade –, bem como quando não fira a

estrutura constitucional da disciplina da repartição de competências, a qual, no caso aqui analisado, impõe o fornecimento de energia elétrica (indiscriminadamente em seus pontos de distribuição, sejam públicos ou privados) como um serviço público federal.

Mesmo que se entendesse haver uma competência comum *sui generis* (frente a dispositivos sobrepostos de competência – da União pela energia e do Município pelo interesse local), nesse caso, resolver-se-ia a questão pelo critério da preponderância de interesses, ele também já legitimado pela jurisprudência da nossa Suprema Corte. (STF, AC 1.255 MC-AgR, 2007) Por tal critério, “[...] está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos Estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos Municípios.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 893)

Esse entendimento pode-se dessumir, aliás, da própria malfadada lógica centrípeta de nossa federação, que concentra na União maiores poderes e, apenas supletivamente, concede-os aos demais entes federados. Não há como se defender, portanto, desde essa lógica centrípeta – com seus contornos expostos nas decisões da Suprema Corte – um “interesse local” contra matéria reservada à legislação e administração da União Federal. Assim se pode dizer no exemplo, já citado, do serviço de telefonia. Conquanto haja algum interesse local na matéria, a competência da União impede que o Município a invada. O fato de um prédio de uma Prefeitura Municipal ser de interesse local, por exemplo, não leva a crer que o município deva prover a energia desse prédio, assim como seria descabido que os municípios deveriam realizar os projetos de utilização da rede telefônica quando se tratasse de ligações na circunscrição municipal ou de ligações dos seus prédios próprios.

Gizamos que o art. 21, XII, “b”, não fala apenas em exploração do “serviço” de energia elétrica, mas também na exploração das “instalações” de energia elétrica. Não há como entender que os “ativos de iluminação pública” não façam parte dessas “instalações”, não se podendo discriminar, portanto, para fim de avocação de competência aos municípios, o fornecimento da energia e o fornecimento da energia para iluminação pública. A competência administrativa a eles relacionadas mostra-se, destarte, federal.

No fundo, a questão parece resolver-se, mais facilmente, com outra pergunta, qual seja: a iluminação pública é ou não parte integrante dos “serviços e instalações de energia elétrica”? Com essa pergunta, vê-se que a resposta, positiva, não admite a conclusão de que a iluminação pública esteja no rol de competências municipais, ainda que haja – também – um “interesse local” a ela relacionado.

Há um outro ponto de suma importância. A iluminação pública (e por isso a utilização do advérbio “também”) é, sem dúvida, de interesse local. Mas ela não contempla *apenas* um interesse local. Ela, consoante já se afirmou, é parte de uma rede maior de interconexões, em torno de geração, transmissão e distribuição que, não prestada adequadamente – e não regulada satisfatoriamente –, pode fazer entrar em colapso, em efeito cascata, uma rede que remonta à infraestrutura nacional. Considerando a iluminação pública como “o serviço público que tem por objetivo exclusivo prover de claridade os logradouros públicos”, nos termos da própria Resolução Normativa n. 414/2010 (art. 2º, XXXIX), podem-se antever, por exemplo, problemas relacionados a logradouros em zonas limítrofes, em eventuais conflitos (negativos) de competência, com possíveis omissões para a prestação do serviço. Ainda que concordemos com o fato de que “[o] que caracteriza esse interesse municipal é a sua *predominância* para o *Município* em relação ao eventual interesse estadual ou federal acerca do assunto” (MEIRELLES, 2006, p. 338, grifo no original), é necessário ter em conta que um serviço relativo a bens federais e com competência material expressa à União, afetando toda essa citada rede, desloca-se, necessariamente, da predominância local.

Por esses motivos, quando se lê como competência municipal a exploração de serviços de interesse local, não se pode entender que o serviço de iluminação pública esteja entre eles, haja vista a subtração dessa competência operada pelo art. 21, XII, “b”, da Constituição. Poder-se-ia indagar, por certo, quais seriam esses serviços de interesse local, além do serviço de transporte coletivo municipal, cuja competência é expressa no art. 30, V, da CF/88. Em resposta, diríamos que todos aqueles cujo interesse da localidade não concorra com um bem da União ou com suas competências materiais. São eles, dentre os exemplos mais comuns, o saneamento básico e o fornecimento de água, o recolhimento de lixo e a limpeza das vias urbanas. E, para citar outros exemplos, menos usuais, os serviços funerários (STF, ADI 1.221/RJ, 2003) e os serviços relacionados à confecção e manutenção de postes toponímicos (PASQUALINI, 2011).

A responsabilidade municipal igualmente não se extrai, parece-nos, em complementação do argumento anterior, do art. 149-A da CF, o qual simplesmente faculta aos Municípios instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. Ali, não se estabelece qualquer obrigatoriedade de prestação direta ou indireta, pelo Município, do serviço. Ao contrário, devemos entender que essa contribuição serve exatamente para custear a iluminação pública prestada por concessionária de serviço público federal, servindo a

contribuição, quando for o caso de sua instituição, para pagar as tarifas para a distribuidora. A responsabilidade de pagar pelo serviço é distinta da responsabilidade de prestar o serviço.

Por esses motivos, na busca pelo “nexo oculto” daquela antinomia aparente, a qual, “embaçando os olhos” do intérprete, tentava conflitar as competências materiais da União e dos Municípios, percebemos que tal nexo é encontrado na exegese que impede a transmutação de uma obrigação que é da União, por força constitucional, em uma obrigação dos Municípios, por força regulamentar. Essa outra conclusão parcial incita a novo argumento, que é aquele dos limites do poder regulamentar.

O princípio da reserva legal: a Resolução n. 414/2010 frente aos limites objetivos e subjetivos para a edição de comandos infralegais

A análise das competências dos entes federados, legislativas e materiais, compreende um tema mais amplo. Com ela, aclaram-se as principais fontes – isso é, as “estruturas de poder” (REALE, 2010, p. 139) – de dois dos principais modos de atuação estatal. Tem-se, nas competências legislativas, o poder do Estado para a *edição* de comandos, na forma de lei (fonte da qual se podem criar, modificar ou extinguir direitos, *com restrição* apenas na Constituição⁸), os quais podem estabelecer novas faculdades de obrigar, estando-se aqui na “esfera das condutas obrigatórias não-opcionais” (HART, 2012, p. 6); e se tem, como Administração, nuclearmente, o poder do Estado para a *execução* desses comandos, mesmo que em novos comandos, na forma de atos administrativos (fonte da qual se podem criar, modificar ou extinguir direitos, *com restrição e sob a determinação dos comandos* da Constituição, das leis e de outros atos infralegais que lhe forem superiores numa ordem hierárquica). O princípio da legalidade no âmbito administrativo, anota-se, não apenas é estabelecedor de limitações mais abrangentes, como faz a atividade estatal carecedora de determinações para agir.

A Administração pode assim ser considerada, em certo sentido, “[...] atividade planejada e duradoura do Estado para alcançar os seus fins” (DAMKOWSKI, 1969, p. 15-6), mas, em outro, de caráter excludente, “[...] aquela atividade do Estado que não é nem legislação, nem jurisprudência, nem governo.” (Idem, p. 16) Num e noutro sentido, a atividade administrativa sempre esbarra em certos limites de espectro bastante amplo. Uma amplitude que se alastra na Constituição, nas leis e em comandos infralegais superiores. Daí se entender,

⁸ Ou em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, na exceção advinda do próprio texto constitucional (art. 5º, § 3º).

em uma clássica definição consagrada entre nós, que “administrar é aplicar a lei de ofício” (SEABRA FAGUNDES, 1984, p. 3). Os atos administrativos, mesmo os normativos, devem seguir essa fiel aplicação dos comandos legais que lhe forem superiores hierarquicamente, ainda que, em sentido contemporâneo, a expressão “lei” deva ser lida de modo mais amplo, inclusive para abarcar a Lei Maior.

Muitas vezes mal-compreendida, a doutrina da hierarquização das normas não impossibilita que os atos normativos de escalões inferiores, mesmo os infralegais, prescrevam algo diferente dos atos de escalão superior. A própria estrutura piramidal, imagem sob a qual a doutrina é concebida, desde Kelsen, exige esse alargamento dos comandos normativos – do contrário, haveria uma tautológica estrutura retangular, onde as normas apenas repetiriam a si mesmas. O que não se pode admitir, dentro dessa estrutura hierárquica, é: i) prescrever, um ato de escalão inferior, norma *diferente e contrária* do ato de escalão superior – isso como mandamento da própria validade das normas em que nosso sistema é concebido, onde a lei “[...] é fonte primária do direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior” (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 357); ii) prescrever, um ato de escalão infralegal, norma constituidora de obrigação *nova e não dessumível* dos atos legais e supralegais que lhe são correspondentes (isso como mandamento do art. 5º, II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

O próprio Hans Kelsen, tanto incompreendido quanto não lido, ao conceber a estrutura hierarquizada piramidal do direito, ressaltou essa ausência de incompatibilidade quando a norma em hierarquia inferior harmoniza-se com a de hierarquia posterior, alargando-a, mas não a desdizendo. Em suas palavras, [...] a norma do escalão superior regula – como já se mostrou – o ato através do qual é produzida norma de escalão inferior [...]

Essa determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, 2000, p. 388)

Como observou, com pertinência, outro jurista:

[...] como o direito não se esgota na lei, dadas as deficiências de linguagem e impossibilidade de prever todos os casos de incidência, aos seus aplicadores, na esfera do Executivo e do Judiciário, cabe concretizar a intenção do legislador. Nesta tarefa de revelação do pensamento do

legislador o papel do intérprete é, muitas vezes, de verdadeira criação, máxime para preenchimento de lacunas que a ordem jurídica, em seu conjunto, não tolera, assim como, noutra plano, se diz, a natureza tem horror do vácuo. (SILVA, 1950, p. 2)

Há de se substituir o conceito de “diferença” entre as normas nos “diferentes” escalões por um modelo de “conformação” das obrigações de fonte legislativa, no qual os atos administrativos circunscrevem-se à “moldura” das obrigações constitucionais e legais, e devem obediência aos limites estabelecidos na moldura da Constituição e das leis, limites esses objetivos (de conteúdo) e subjetivos (de competência). Sobre essa “conformação” é que se pode dizer:

A constituição é sempre uma lei superior heteronomamente impositiva da conformidade material e compatibilidade formal dos regulamentos com as normas constitucionais (isto é, o princípio da legalidade é substituído aqui pelo princípio da constitucionalidade, funcionando a constituição como lei) [...]. (CANOTILHO, 1993, p. 913)

E é sob esse prisma, parece-nos, que se deve enxergar a questão ora exposta.

Resoluções, mesmo as normativas, são “[...] típicos atos administrativos, tendo, portanto, natureza derivada; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 150) Canotilho aclara esse aparente paradoxismo de se ver um ato, a um só tempo, normativo e administrativo, ao fazer referência ao poder regulamentar e aos regulamentos: “é um acto normativo e não administrativo singular; é um acto normativo mas não um acto normativo com valor legislativo.” (CANOTILHO, 1993, p. 731)

A ausência de “valor legislativo” no poder regulamentar – incluindo, aqui, a regulamentação por resoluções normativas – está no exato fato de que delas não se podem extrair aquelas “condutas obrigatórias não-opcionais”, senão como inclusas na moldura definida pela Constituição (no caso dos regulamentos ditos “autônomos”, desde que se os admitam legítimos) ou na moldura definida pela lei (no caso das regulamentações usuais).

Nesse sentido, assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 58-9), aqui já se voltando à competência regulamentar das agências reguladoras, a fim de se passar a enquadrar o caso em comento à matéria em análise:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou

mesmo outorgando benefícios, sem previsão de lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, II, da Constituição.

Uma vez que a questão aqui discutida envolve agência reguladora, não é demais salientar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que essas agências submetem-se, como órgãos da Administração Federal, ao princípio da legalidade. Em entendimento que se pode apreender de recente julgado, entendeu a Corte por vedar a “inovação infralegal na ordem jurídica”, pois o fato de a lei de criação da agência – no caso citado, a ANVISA – “[...] ter instituído amplo espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa [...]” (STF, ADI 4.954, 2014)

O ato administrativo de caráter normativo em discussão, a Resolução Normativa n. 414, da ANEEL, em seu art. 218, estabeleceu uma *obrigação*, qual seja: a transferência de ativos de iluminação pública das distribuidoras aos Municípios. Existente a obrigação, há de se fazer, então, aquele duplo exame:

1. Trata-se de obrigação *diferente e contrária* de ato de escalão superior ou *apenas diferente?*; e
2. Trata-se de obrigação contida do texto de lei em sentido estrito (ou sua moldura), em interpretação razoável, ou abrange uma conduta obrigatória *nova e não dessumível* desse texto?

Para passar ao crivo do princípio da legalidade e da reserva legal, o ato regulamentar não deve ultrapassar apenas um dos exames, mas ambos. A Resolução Normativa n. 414/2010, parte ao compasso de análise já feita, parte da que adiante se fará, tem a peculiaridade de não passar por qualquer desses exames. A obrigação instituída pelo seu art. 218, mais do que diferente, contraria o texto constitucional e a disciplina legal. E a obrigação instituída não se pode deduzir da lei.

Dentro daquilo que já se afirmou, a obrigação contém inconstitucionalidades; pertinente, agora, atentar para a questão da legalidade e do princípio da reserva de lei.⁹ Assim o fazendo, parecem ser encontradas ilegalidades em dois lugares do ato administrativo: onde a resolução normativa fere limites subjetivos (de competência) expostos em comandos legais e infralegais de escalão superior; e onde a resolução normativa fere limites objetivos (de conteúdo) expostos em comandos legais.

⁹ A jurisprudência do Supremo costuma diferenciar, no ponto, aquilo que seria “crise de legalidade” do que seria “crise de constitucionalidade”, inclusive para efeito de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade. (Cf. STF, ADI-MC 996, 1994). Atenta-se, no ponto em exame, àquela, tendo em vista já termos tratado dos problemas diretamente constitucionais.

Quanto aos limites subjetivos, verifica-se que, da leitura das competências da ANEEL, instituídas pela Lei n. 9.427/96, nos vinte incisos do art. 3º que se encontram em vigência, não se lê qualquer competência da qual se poderia subsumir poder de ordenar a transferência de ativos de iluminação pública. Essa competência, ademais, não poderia ser instituída, uma vez que concederia a ANEEL o poder de redesenhar a distribuição de bens e competências estabelecida na Constituição. Desse modo, o fato de a lei conferir à ANEEL competência para implementar políticas relacionadas à exploração da energia elétrica e para expedir “os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995” (art. 3º, I da lei de constituição da autarquia), não implica, concomitantemente, o poder de ordenar aquela transferência. Uma vez que o limite subjetivo é um requisito vinculado dos atos administrativos, isso dá conta, já, de uma ilegalidade.

Um ato infralegal – de escalão superior à resolução normativa –, porém, bem demonstra a contrariedade entre a determinação e a estrutura do sistema de exploração de energia elétrica. Trata-se do Decreto n. 41.019/1957, o qual, em seu art. 64, determina que “a venda, cessão ou doação em garantia hipotecária dos bens imóveis ou de partes essenciais da instalação dependem de prévia e expressa autorização do Ministro das Minas e Energia, mediante portaria, após parecer do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.” Ainda que a ANEEL tenha absorvido as competências do DNAEE (e este do referido Conselho), ela não possui competência para autorizar essa cessão sem a autorização expressa do Ministro¹⁰, o que não ocorreu. E, mais do que isso, retornando ao problema de constitucionalidade: o Decreto refere uma competência para autorizar a transferência de bens, não para obrigar essa transferência, como fez a Resolução.

Por fim, no que tange aos limites objetivos – é dizer, relacionados ao conteúdo –, outro comando é demonstrativo de ilegalidade na resolução normativa. Trata-se do art. 8º do Decreto-Lei 3.763/1941, junto a seu parágrafo único, que assim dispõem:

Art. 8º O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal.

Parágrafo único. Os fornecimentos de energia elétrica para serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços públicos de caráter local explorados pelas municipalidades, serão regulados por contratos de fornecimentos entre estas e os concessionários ou contratantes,

¹⁰ Poder-se-ia levantar dúvidas, inclusive, sobre se essa competência ministerial foi recepcionada pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, haja vista atribuir ao presidente a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei.

observado o disposto nos respectivos contratos de concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado.

De acordo com o art. 8º, concretiza-se aquilo que a leitura da Constituição Federal já faz saber: a distribuição de energia elétrica depende de concessão ou autorização federal. Pelo dispositivo, podemos já inadmitir que a concessão ou autorização do serviço seja municipal. É o parágrafo único, porém, que chama especial atenção, por tratar especificamente da iluminação pública. Segundo dali se aprende, o fornecimento de energia elétrica para iluminação pública deve ser regulado por contrato de fornecimento entre o Município e a concessionária distribuidora de energia, de acordo com o contrato de concessão celebrado entre o Governo Federal e a distribuidora. Isso é: não se pode falar em contrato de concessão entre o município e a distribuidora. O município, portanto, deve receber a iluminação pública das concessionárias mediante contratos de fornecimento de energia, semelhante àqueles de direito privado, não realizando novos contratos de concessão, pelo exato motivo de que os contratos de concessão devem ser celebrados entre a concessionária e o Governo Federal, o qual detém a titularidade da exploração da energia elétrica, compartilhada com os Estados.

Também sob o prisma do princípio da legalidade e da reserva de lei, entendemos que a obrigação de transferência de ativos de iluminação pública, realizada por força do art. 218 da Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL, não se sustenta juridicamente na forma de uma obrigação. Isso, essencialmente, porque a resolução normativa afronta normas de escalão superior na escala hierárquica do direito (constitucionais, legais e infralegais), e, assim ocorrendo, não se conforma sua redação com as obrigações de fonte legislativa, uma vez que cria obrigação nova não deduzível desses atos normativos superiores.

TRANSFERÊNCIA (EM ATO CONTÍNUO) DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

Na linha do que já pudemos afirmar, em delimitação da análise, é equívoco entender que “apenas” os ativos de iluminação pública foram transferidos, pela ANEEL, aos municípios. Além dos ativos, transferidos pelo art. 218 da Resolução Normativa n. 414/2010, o art. 21 dessa resolução trouxe, à reboque, a responsabilidade de os municípios realizarem o serviço de “elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública (...).”

Tratando-se de uma transferência distinta, os tópicos a analisar sobre ela são igualmente distintos, e se referem:

1. Ao princípio da subsidiariedade;
2. Ao mandamento de prestação “adequada” dos serviços públicos; e
3. Aos aspectos contratuais da questão, notadamente aquele relativo à regra da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos públicos.

O princípio da subsidiariedade e a excepcionalidade do fornecimento de iluminação pública diretamente pelo Poder Público

As disposições normativas, nessa leitura conjugada entre transferência de ativos e de serviços de iluminação, parecem ir na contramão da história da prestação de serviços públicos no Brasil até sua consolidação na Constituição de 1988, ao menos onde consagrou, especialmente em seus artigos 173 e 174, o chamado *princípio da subsidiariedade*.

O princípio da subsidiariedade, como todo princípio jurídico, contempla um “*imperativo de otimização*” (ALEXY, 1985, p. 75), uma mudança em um “*estado de coisas*” (ÁVILA, 2005, *passim*). No caso do princípio da subsidiariedade, tal estado de coisas é a busca de que a atuação do Estado, no domínio econômico, dê-se de modo essencial, isso é, nem demais (a fim de buscar a eficácia e a efetividade da realização material de direitos, notadamente os sociais), nem de menos (a fim de não deixar os agentes de mercado livres de qualquer regulação). E isso importa entender que a intervenção do Estado no domínio econômico deve ser exceção, não regra.

A subsidiariedade, nesse sentido, deita raízes no embate político entre o liberalismo econômico e o welfarismo, e, mais precisamente, na tentativa de guardar e superar essas doutrinas em seus redutos de objetivos primordiais: o desenvolvimento naquele; a promoção de bens sociais neste.

Do ponto de vista teórico, começa sua consolidação na doutrina social da Igreja Católica, corpo a partir do qual já se a lê como um princípio, ao lado do bem comum, da dignidade e da solidariedade. De fato, constatamos sua presença em diversos documentos, desde a encíclica *Rerum Novarum*, em 1891. A subsidiariedade viu-se nominada como um “princípio da filosofia social” na *Quadragesimo Anno* e, já como “princípio de subsidiariedade” na *Mater et Magistra*, onde seus contornos de necessidade foram assim precisamente registrados:

De fato, a experiência ensina que, onde falta a iniciativa pessoal dos indivíduos, domina a tirania política; e há ao mesmo tempo estagnação nos setores econômicos, destinados a produzir sobretudo a gama

indefinida dos bens de consumo e de serviços que se relacionam não só com as necessidades materiais mas também com as exigências do espírito: bens e serviços que exigem, de modo especial, o gênio criador dos indivíduos. (Igreja Católica, Papa João XXIII)

É mesmo um fato, provado historicamente – vide, no ponto, o triste “laboratório” dos regimes comunistas –, que a livre iniciativa caminha de mãos dadas com o desenvolvimento. Discussão sobre isso, se há, é apenas para angariar votos e projeção política. Na vida real, a reestatização de serviços públicos hoje delegados, em áreas-chave para a infraestrutura nacional, como a energia elétrica¹¹, não é seriamente insinuada mesmo por quem simpatiza com ideologias interventoras, por se saber drásticas as consequências de um tal movimento no plano da qualidade, continuidade e universalização desses serviços.

Trazida a subsidiariedade do campo político e econômico ao direito, vê-se sua importância prioritária no Direito Público, máxime na disciplina dos serviços públicos, onde se desloca, cada vez mais, a preocupação sobre o tamanho do Estado para uma preocupação, deveras mais interessante, sobre sua qualidade. É aqui que:

[d]esponta, com nitidez, o vetor da subsidiariedade, o qual não deve engendrar equívocos, dado que se revela incontestável, para além de querelas teóricas, o paradoxal fenômeno de um Estado em demasia em determinadas áreas e de carência em outros setores, razão pela qual todo cuidado é pouco para evitar a ablação das especificidades estatais na promoção do desenvolvimento sustentável, como pretendem os adeptos da privatização selvagem ou os que creem que o mercado é capaz de regular a si próprio. Não. Sistema regulatório forte e democrático é condição obrigatória para uma intervenção redutora de assimetrias negativas e promotora de uma cooperativa ambiência desenvolvimentista. Repita-se: não se trata de Estado máximo contraposto a Estado mínimo, senão que de lutar pela prossecução do Estado essencialmente capaz de promover a eficácia dos direitos fundamentais, vertical e horizontalmente considerados. (FREITAS, 2004, p. 82)

Do ponto de vista normativo, conforme se afirmou, a equalização entre o desenvolvimento e a promoção de bens, traduzida no princípio da subsidiariedade, vê-se aparecer, indubitável¹², nos artigos 173 e 174 da Constituição da República. Para adiante de sofismas, percebemos, da exegese de tais dispositivos, que:

¹¹ Nesse sentido, lê-se: “A concessão em favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras) ganhou relevo como fato de desenvolvimento de infraestrutura – criação e expansão da rede de estrada de ferro, de portos, da rede de saneamento básico, de água e de energia – essenciais para permitir o desenvolvimento econômico.” (MAROLLA, 2011, p. 15)

¹² A afirmação da não adoção do princípio da subsidiariedade, em nossa ordem constitucional, necessita de esforço argumentativo com o qual não podemos, razoavelmente, concordar. Cf., em sentido oposto: GABARDO, 2009. Para um estudo mais detalhado do princípio, vide: BARACHO, 1996.

1. A exploração das atividades econômicas deve ser realizada, preferencialmente, pelos particulares. Quando conferida essa exploração ao Estado, isso é realizado em um “regime de exceção”, em duas hipóteses fechadas e, portanto, de necessária comprovação, que são aquelas da segurança nacional e do relevante interesse coletivo (art. 173), algo que ficou ainda mais claro com a edição da Lei n. 13.303/2016 (chamada “Lei das Estatais”); e
2. O Estado, no plano das atividades econômicas, reserva-se, essencialmente, um papel normativo e regulador, onde ele avoca as funções de fiscalizar, incentivar e planejar, mas não a de executar (art. 174).

É interessante, e especialmente esclarecedora, a análise da redação do art. 173 da Constituição Federal em cotejo com a redação do art. 218 da resolução normativa da ANEEL, colocando-se-as, para isso, lado a lado:

<p>Art. 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado <u>só será permitida</u> quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.</p>	<p>Art. 218: A distribuidora <u>deve</u> transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.</p>
---	---

Nos dois dispositivos, grifamos os termos que produzem o que chamamos, em Teoria Geral do Direito, o “funtor” de uma norma. Considerando que todo texto normativo é uma asserção, o “funtor” dessa asserção é o operador linguístico que liga um fato a uma determinada consequência jurídica. Há, para os textos legais, três tipos de “funtor” possíveis: os preceptivos (quando fato e consequência são ligados por uma obrigação); os proibitivos (quando fato e consequência são ligados por uma proibição); e os permissivos (quando fato e consequência são ligados por uma permissão). Ao lecionar sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 130) acrescenta que “[d]o ponto de vista lógico, os dois primeiros são comutáveis [...]”

Os dispositivos em comento, bem os analisando, possuem esses “funtores” comutáveis. Respectivamente, um “funtor” proibitivo e um “funtor” preceptivo.

Isso porque o art. 173 da CF/88, embora utilize o verbo “permitir”, expõe, por ele, uma proibição. Ao afirmar que a exploração “só será permitida” em dois casos, está dizendo, em realidade (tirantes as duas exceções, a serem deflagradas por lei específica), que: a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é proibida. Ou, como o “funtor” proibitivo é

comutável pelo preceptivo, podemos dizer o mesmo da seguinte forma: a exploração indireta de atividade econômica pelo Estado é obrigatória.

Já no art. 218 da Resolução Normativa, lemos, claramente, um funtor preceptivo, isso é, uma obrigação. A obrigação de que a distribuidora do serviço público de iluminação pública (que exerce esse serviço público de forma indireta) transfira os ativos de iluminação pública ao município. Como, consoante análise amplamente aqui já realizada, a transferência de ativos importa a transferência da prestação do serviço público a ele relativo, tem-se, do dispositivo, a seguinte asserção: a exploração do serviço de iluminação pública pelo município é obrigatória.

É notável, pois, que, cotejando os dispositivos, vemos que o texto da resolução normativa possui clara vocação para dizer o exato oposto do texto da Constituição. Ainda que o Município possa, nos termos da resolução, realizar esse serviço diretamente ou em nova delegação (art. 21), a lógica constitucional é invertida, uma vez que o serviço público de iluminação é, pelo ato regulamentar, “reestatizado”. Dá-se uma inconstitucional preferência para a exploração direta da atividade, até momento indefinido.

Transferir o serviço de iluminação pública à titularidade municipal incorre, pois, em dois possíveis erros: caso o Município preste o serviço por delegação, transforma-se ele, por Resolução, em poder concedente de serviço público tipicamente federal; caso o Município o preste diretamente, além de se imiscuir também no terreno do serviço público federal, estaria rompendo uma subsidiariedade consolidada histórica e juridicamente.

A iluminação pública é “atividade econômica”, a mesma atividade de distribuição de energia realizada para os consumidores em geral. Atividade econômica, conforme didática exposição no voto vencedor da ADPF n. 46 julgada pelo STF, é gênero do qual se extraem, como espécies, a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Por conseguinte, a iluminação pública, serviço público que é, é uma atividade econômica cuja prestação deve-se dar subsidiariamente, seja por não configurar algumas das exceções previstas no art. 173 da Constituição, seja porque, ainda que se o configurasse, faltaria a disciplina legal exigida pelo texto constitucional, porquanto o poder concedente dessa atividade é a União, em articulação com os Estados (art. 20, XII, “b”).

A única hipótese que se vislumbra, no contexto até aqui explicitado, para que os Municípios responsabilizem-se pelos ativos de iluminação pública – e o seu respectivo serviço – sem, com isso, esvaziar o texto constitucional, é aquela referida no art. 8º, parágrafo único, do Decreto-Lei 3.763/1941, na qual o Município surge como um terceiro interveniente de um

contrato de distribuição, especificamente para o serviço de iluminação pública, realizado entre a União (como poder concedente) e uma empresa de distribuição de energia elétrica, preferencialmente pessoa jurídica de direito privado. Isso, obviamente, desde que o município concorde com a transferência, em declaração explícita de vontade, porquanto, como visto, a transferência não pode ser obrigada. Far-se-ia, nesse caso, uma interpretação conforme à Constituição, salvando a constitucionalidade da resolução normativa, ao se ler como faculdade o que nela está como uma obrigação.

Nessa hipótese (como uma faculdade do ente municipal, havendo o seu interesse para tanto, em conciliação com os demais interessados), seria possível cogitar-se da juridicidade da transferência. Subtrai-se, com isso, a possibilidade, no plano jurídico, de que a transferência ocorra: sem anuência do Município; sem contrato específico para tal fim; mediante prestação do serviço de iluminação pública diretamente pelo Município; ou mediante prestação do serviço de iluminação pública indiretamente pelo Município, tendo-se esse como poder concedente.

A prestação “adequada” dos serviços públicos e a eficácia dos direitos fundamentais

A diagramação dos principais elementos sobre a antijuridicidade da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública, entendemos, está realizada nos tópicos antecedentes. Há, porém, dois tópicos cuja análise, suplementar àqueles, mostra-se necessária: o mandado de adequação na prestação dos serviços públicos; e as obrigações contratuais relacionadas a esses serviços. Em suas linhas gerais, analisá-lo-emos, respectivamente, neste tópico e no próximo.

Os serviços públicos possuem, como objetivo, a implementação positiva dos meios de realização de direitos fundamentais, considerados em sua dimensão objetiva e subjetiva. Podem ser eles entendidos como “concreção dos deveres estatais plasmados na Constituição.” (PLATA, 2005, p. 50) Fala-se, notadamente, no âmbito dos direitos fundamentais como direitos a prestações, é dizer, onde se tem uma “[...] postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).” (SARLET, 2004, p. 200)

Na linha do exposto sobre o princípio da subsidiariedade, verifica-se que a concessão de serviços públicos, enquanto uma política modificativa da atuação do Estado (da intervenção à regulação), serve para gerar eficácia à prestação desses serviços. Isso porque se pôde constatar, em nossa história administrativa – como em outras tantas –, à época das atividades

monopolistas, um “colapso do modelo de prestação de serviços por empresas com capital público” (MAROLLA, 2011, p. 17)¹³. Ocorre que, se os serviços públicos servem para realizar direitos fundamentais, o colapso na sua prestação é o colapso desses direitos. Como diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

[é] neste contexto que a velha intervenção pesada, pró-Estado, se transforma na intervenção leve, pró-sociedade. O papel do Estado muda: de agente *monopolista, concorrente* ou *regulamentador*, torna-se um agente *regulador e fomentador*. Não se trata de um movimento para chegar a um *Estado mínimo*, como se poderia pensar, mas para torná-lo um *Estado melhor*. (MOREIRA NETO, 2003, p. 74)

Melhor por quê? Porque, em última análise, a delegação faz-se à serviço do cidadão, que deve, por ela, receber, em direitos subjetivos, mais e melhor que recebia antes dela. Não se justificaria conceder os serviços se o Estado, por ele, os prestasse à suficiência e adequação. Uma ordem constitucional que pretenda, com a delegação dos serviços, melhorar os serviços, deve tratar, juridicamente, de estabelecer diretrizes firmes e cogentes nesse sentido. Não pode o delegatário, como muitas vezes ocorrera com o Estado, regrar-se à omissão, ficando ao sabor dos ventos enquanto mingam suas necessárias obrigações prestacionais. Ao particular, prestando serviço público em nome do Estado – não se transmutando em Estado tampouco adquirindo a titularidade do serviço, apenas a execução –, incumbe deveres semelhantes àqueles atribuídos ao Estado e à esperança, a ser concretizada em mandamento legal, de que faça mais.

Não por outra razão, há, no texto constitucional, a previsão de garantias relacionadas à prestação dos serviços públicos, que aparecem, especialmente, nos incisos II, III e IV do art. 175, as quais demandam disposição de lei sobre direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter serviço adequado. É, mesmo, no plano infraconstitucional – e, nele, na sistemática das concessões – que tais garantias, pela Lei n. 8.987/1995, veem-se densificadas. Dela, destacamos o mandado de adequação na prestação dos serviços públicos, prescrito da seguinte maneira:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência,

¹³ Para um histórico do setor e suas reformas, vide: SCHIRATO, 2010.

segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

A prestação direta do serviço de iluminação pública, pelo Município, não enseja a aplicação dessa adequação em duas perspectivas: uma jurídica e outra fática.

Desde uma *perspectiva jurídica*, haveria sérios problemas relacionados à aplicação, para os Municípios, da referida lei. Prestado o serviço diretamente, a prestação seria fugidia ao objeto da lei¹⁴; prestado por delegação do Município, o problema – seríssimo! – é o da falta de ambiência regulatória, seja pela ausência de *know how* dos entes municipais nesse tocante, seja pelo fato de a regulação (no sistema pré-resolução normativa, concentrada na ANEEL como entidade reguladora e em um número relativamente pequeno de contratos e empresas reguladas) ser multiplicada por milhares de pessoas jurídicas de direito público, cada uma com contratos distintos, com pessoas distintas, em suas pequenas “áreas de concessão”.

Ainda sobre o problema jurídico da transferência do serviço de iluminação pública, alguns pontos da Lei de Concessões dão a exata conta dos possíveis problemas de sua aplicação para aos Municípios, especialmente se resolverem explorar diretamente a atividade. Vejamos, por exemplo, o art. 30 da lei, em que se concede ao poder concedente, no exercício da fiscalização, o “[...] acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.” Uma tal garantia, cuja importância relaciona-se à constatação da continuidade do serviço, não se tem como aplicar aos Municípios. Primeiro, porque o dispositivo trata de uma garantia jurídica relacionada às concessionárias. Segundo, pelo não cabimento do exercício deste poder da ANEEL em relação aos Municípios, pois isso configuraria exercício indevido de poder de polícia.

Voltamos à conclusão já aqui inserida: em se tratando de energia elétrica, o poder concedente é a União. Para garantir constitucionalidade à transferência dos ativos aos municípios, isso deveria ocorrer, por meio de delegação, tendo-se o Município como terceiro interveniente de um contrato celebrado entre ANEEL e distribuidora.

Desde uma *perspectiva fática*, o problema da aplicação da Lei de Concessões (e do mandamento de um serviço adequado) é ainda mais importante, pois é nele que se assumem dimensões potencialmente catastróficas. Isso porque os Municípios, em sua maioria,

¹⁴ Outra questão a ser suscitada seria a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em relação a esse serviço, notadamente quando o conceito de consumidor, no modelo atual, é extensível aos Municípios. Sobre o tema, vide: MIRAGEM, 2004, p. 83-5.

especialmente aqueles de menor tamanho, não possuem as condições para a prestação de serviço adequado. Faltam-lhes recursos financeiros, assim como lhes faltam pessoas, infraestrutura, conhecimento técnico, além de outras carências. Não é dramatismo gratuito dizer, pois, que a transferência do serviço implica riscos relacionados à manutenção do serviço.

É previsível, pois, um possível significativo aumento da suspensão do fornecimento em diversas localidades, ainda que se considere, como o faz um respeitado autor alemão em monografia sobre o direito de energia na União Europeia, que “[a] segurança do fornecimento deve ser considerada como o princípio condutor mais importante do setor da energia.” (GRUNWALD, 2003, p. 88) Há sentido para tanto: a suspensão do serviço de iluminação pública, ao fim e ao cabo, não provoca “apenas” uma falta de luz nos logradouros e praças, mas afeta outros direitos, tais como a segurança, a livre locomoção e o lazer. Sob esse aspecto, na consideração de outros direitos afetados, parece-nos que a não realização da transferência dos ativos/serviço de iluminação pública é uma determinação da proibição de insuficiência.¹⁵

A legislação infraconstitucional, observamos, não é desditosa com esse perigo. Assim se constata na regulação da transferência, pela União aos Estados – não aos Municípios –, das atribuições de conceder, autorizar e fiscalizar serviços de energia elétrica, nos artigos 37, 38 e 39 do Decreto n. 41.019/1957. Consoante reza o art. 38, a transferência aos Estados, embora cabível,

terá lugar quando o Estado interessado possuir um serviço técnico-administrativo a que estejam afetos os assuntos concernentes ao estudo e avaliação do potencial hidráulico, seu aproveitamento industrial, inclusive transformação em energia elétrica e sua exploração, capaz de desempenhar os seguintes serviços:

- a. estudos de regimes de cursos d'água, avaliação do potencial hidráulico, projetos e estudos técnicos;
- b. concessões, autorizações, tarifas e estudos econômicos;
- c. fiscalização técnica e contábil e demais serviços necessários ao desempenho das atribuições transferidas.

Apenas sob o pressuposto dessas qualificações é que o Decreto admite a transferência da União aos Estado. Ainda assim, o Estado deve apresentar à União “

- a. Organograma dos serviços;
- b. Relação numérica dos cargos e funções do pessoal;
- c. Aparelhamento técnico;

¹⁵ O conceito é de Claus-Wilhelm Canaris (2003, p. 59-60): “A concepção exposta apenas se torna, porém, plenamente compreensível se se acrescentar que a Constituição apenas proíbe que se desça abaixo de um certo *mínimo* de proteção. Em tempos, baptizei isto como *proibição de insuficiência* – uma expressão que, entretanto, o Tribunal Constitucional Federal adoptou.”

d. Dotações orçamentárias.” (Art. 39)

Raros são, sabemos, os Municípios brasileiros com real capacidade de resistir a essas exigências.

Não há, por todos esses motivos, como se exigir dos municípios, do ponto de vista fático, uma prestação do serviço de iluminação pública que atenda ao mandamento de adequação, nos contornos que lhe dá o art. 6º da Lei de Concessões. Nessa hora, impera realizarmos uma *“abordagem pró cidadão”*¹⁶. Pensando no cidadão-usuário da iluminação pública – ao fim e ao cabo, todos nós que vivemos nas cidades –, a transferência do serviço pode-se revelar, a curto prazo, um eclipse do direito, constitucionalmente garantido, a termos espaços públicos continuamente iluminados.

Obrigações contratuais: a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro

Os dois tópicos anteriores assentaram, dentre outras ideias, aquilo que pode ser sintetizado em uma sugestiva frase: “[u]m bom governo regulatório não é mais impossível do que é inevitável.” (CROLEY, 2008, p. 306) De fato, a delegação do serviço público é uma exigência não apenas da subsidiariedade como do mandamento de adequação na prestação dos serviços públicos. Compreendida sua necessidade, calham algumas linhas sobre o seu instrumento: perfectibiliza-se a exploração indireta do serviço de distribuição de energia elétrica, como quaisquer outros serviços, em um contrato de concessão. O contrato de concessão de serviço público, dizia Hely Lopes Meirelles, “[...] é o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários dos serviços.” (MEIRELLES, 1994, p. 342)

Não podem ser aprendidos os ditames e as especificidades desse contrato ao mero manuseio dos sete artigos sobre ele na Lei de Concessões ou na mais de centena de dispositivos da Lei de Licitações. Tampouco caberia espaço, aqui, para uma tal compreensão mais aprofundada dele.

As pretensões deste tópico, muito menores, são duas.

¹⁶ Utiliza-se o termo, aqui, como uma tradução livre para *“demand-side approach”*, lido em Brett Frischmann (FRISCHMANN, 2012, passim). Segundo esse autor, os especialistas já reconhecem, há tempo, que *“uma abordagem mais proativa, sistemática e de longo prazo sobre infraestrutura é desesperadamente necessária [...]”* (p. x) Falta-lhes reconhecer, complementa, uma *“abordagem pró-cidadão”*, isso é, uma abordagem que *“[...] facilite um melhor entendimento sobre como os recursos de infraestrutura geram valor para a sociedade e como decisões sobre a alocação do acesso a esses recursos afetam o bem-estar social.”* (p. xii).

Nossa primeira pretensão é a de verificar se a obrigação relacionada ao serviço de iluminação pública é parte integrante dos contratos de distribuição de energia elétrica. Uma pretensão assim é singela, e chega a prescindir de fundamentos jurídicos. Tal qual matéria de prova, escoar ela de fatos, e dela se dá conta em duplo exercício: um, de lógica (a resolução normativa ter obrigado a transferência do serviço de iluminação pública das distribuidoras para os entes municipais é um indicativo – necessário e robusto, ainda que não suficiente – de que esse serviço estava, por contrato, a cargo das distribuidoras); outro, heurístico (da análise de diversos contratos percebe-se – e aqui está o indicativo necessário e suficiente – que, efetivamente, a iluminação pública integrava o contrato). Acerca desse exercício heurístico, vemos, no manuseio desses contratos, a previsão, em seus anexos, de cobrança de tarifas convencionais de iluminação pública, intituladas “B4”, discriminadas como “rede de distribuição” e “bulbo da lâmpada”.

A segunda pretensão, perpassada a primeira, é a de analisar a determinação da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública, realizada pela Resolução Normativa n. 414/2010, em termos contratuais. Isso é, entender a compatibilidade entre a obrigação normativa (infralegal) e a obrigação contratual (perfectibilizado o contrato nos termos da lei de concessões).

Sobre essa segunda pretensão, nepítome, o texto normativo houve por criar, e desde aqui se verifica a sua antijuridicidade, uma obrigação contratual sem contrato. Ou, dito de outro modo, uma obrigação do Município sem fundamento em lei (em sentido estrito) ou em contrato (quando realizado sem – ou contra – a vontade do ente municipal).

E, ao exame dessa antijuridicidade, verificamos, ainda, que, ao descompasso da lei que rege esses contratos (Lei n. 8.987/95), a resolução normativa mexeu em parte da essencial equação que molda o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Como se sabe, tem-se esse equilíbrio – cujo fundamento legal é o art. 10 da citada lei, o qual prescreve a manutenção das condições do contrato – como intangível. A intangibilidade não estaria nas obrigações, mas no sinalagma. Louvamos o didatismo na exposição de Caio Tácito no ponto:

[...] as obrigações recíprocas que figuram na concessão não têm valor absoluto, elas possuem um valor de relação: entre elas se estabelece uma proporção e é esta proporção que deve ser mantida. Não são as prestações (A, B, C) do concedente que são imutáveis, nem aquelas (a, b, c) da concessionária, mas a relação que foi estabelecida entre A, B, C e a, b, c. (TÁCITO, 1997, p. 202)

O serviço de iluminação pública, consoante se examinou, é parte integrante dos contratos de concessão. A transferência dessa responsabilidade aos Municípios lhes transfere

um ônus que, pelo contrato, é das distribuidoras. Trata-se de uma obrigação contratual das concessionárias, que se sujeitam ao regime de responsabilidade e deveres desses contratos e, nesse regime, à equação de equilíbrio criada com a concessão. Essa desoneração, portanto, por não ser estabelecida com alguma contrapartida para os usuários do serviço, ofende a intangibilidade do equilíbrio.

Soma-se a isso o fato de que a alteração de contrato de concessão pela via da lei, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em análise de verossimilhança, é ofensiva à Constituição, uma vez que a lei “[...] não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários [...]”. (STF, ADI 2.299, 2001) E aduz o então relator que aquela lei introduzia “[...] elemento novo na relação contratual entre o poder concedente e o concessionário, alterando, dessa forma, as condições contratuais previstas na licitação exigida pelo ‘caput’ do art. 175 da Carta Magna, que, assim, é violado.” Se lei não tem força para alterar as condições do contrato (e, embora o caso decidido cuidasse de lei estadual que invadira em competências materiais da União e dos Municípios, o argumento não se desvalida por isso), *a fortiori*, uma resolução normativa não o pode fazer.

Ainda sobre o equilíbrio contratual, há duas últimas questões que se podem colocar, para efeito de reflexão, o que fazemos brevemente por acreditar que, não obstante razões são sempre razões – que se devem sempre somar umas às outras –, elas, de algum modo, exorbitam o objeto delimitado para o presente artigo.

A primeira dessas questões é aquela que diz respeito a possíveis efeitos práticos da transferência dos ativos e do serviço de iluminação pública. Além dos problemas na prestação do serviço em si, tratados no ponto anterior, não se precisa clarividência para predizer uma outra provável consequência prática, num futuro próximo, caso mantidas híidas tais transferências. Surgirão novas concessões, apenas para esses serviços, aumentando as despesas públicas e, como os Municípios não aguentam maiores despesas, virá a instituição das contribuições de iluminação pública nos Municípios que não as instituíram ou aumento das contribuições já existentes. Isso é: far-se-á o usuário pagar uma conta que é, por lei e contrato, das concessionárias.

A segunda dessas questões relaciona-se com a interrupção do fornecimento do serviço

de energia elétrica relacionado à iluminação pública.¹⁷ Sabe-se que a possibilidade do corte de energia foi, por muitos anos, discutida nos tribunais, em muitos dos quais prevaleceu o entendimento da impossibilidade da interrupção do serviço. O argumento central, em muitos casos, era o da impossibilidade de utilizar a interrupção como sucedâneo da ação de cobrança desses valores. Não prevalecendo o argumento das concessionárias, a edição da resolução normativa da ANEEL parece ter inovado: com ela, passou-se a utilizar a transferência de ativos como sucedânea de ação de cobrança, isso é, para sanar o problema de Municípios eventualmente inadimplentes. Por mais sério que sejam esses inadimplementos – os quais devem – nesse caso, em favor das concessionárias – admitir reequilíbrio da equação econômica financeira dos contratos, trata-se de uma burla ao sistema constitucional das concessões de serviço público, e como tal deve ser tratada.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a questão dos ativos de iluminação pública, tendo como norte a preocupação com o direito dos cidadãos a ter luz no espaço público das cidades, considerando a determinação, por Resolução da ANEEL, de que os Municípios recebessem os chamados ativos de iluminação pública das concessionárias de distribuição de energia elétrica. Sob esse norte, os objetivos deste trabalho eram dois:

1. A verificação da juridicidade dessa transferência na forma de uma obrigação aos municípios; e
2. No caso da transferência ser antijurídica (inconstitucional e/ou ilegal), a possibilidade de os Municípios prestarem o serviço, considerando que diversos Municípios receberam os ativos, e as dúvidas sobre a execução poderiam acarretar um colapso na prestação do serviço de iluminação pública, em prejuízo dos cidadãos.

Na consideração de tais objetivos, podemos constatar que a transferência de ativos prescrita na Resolução Normativa n. 414/2010, interpretada como uma obrigação estabelecida aos municípios pela agência reguladora, é inconstitucional e ilegal. Conforme as razões expostas ao longo das diferentes seções deste texto, vimos que a transferência dos ativos fere a disciplina jurídico-normativa dos bens públicos, a repartição constitucional das competências

¹⁷ Para um histórico dos julgados do Superior Tribunal de Justiça nessa matéria (e as suas sucessivas mudanças de entendimento), vide: NASCIBEM, 2009, p. 88-101.

administrativas e o princípio da reserva legal, enquanto a transferência do serviço de iluminação pública, não se justifica pelo princípio da subsidiariedade (considerando a excepcionalidade do fornecimento de iluminação pública diretamente pelo Poder Público), além de esbarrar no mandamento de prestação “adequada” dos serviços públicos e em análise das obrigações contratuais relativas aos contratos de concessão.

Do ponto de vista estritamente normativo, podemos afirmar que a inconstitucionalidade da transferência se dá por ferir ela o disposto nos seguintes artigos da Constituição Federal: 5º, II; 20, VIII, § 1º; 21, XII, “b”; art. 22, IV, XII e XXVI; 84, IV; 173; 174; 175. Também conforme as razões expostas alhures, sua ilegalidade dá-se por ferir os seguintes dispositivos: artigos 6º, 7º; 9º, 10; 30 e 31 da Lei n. 8.987/1995; art. 3º da Lei n. 9.427/1996; e o art. 8º do Decreto-Lei n. 3.763/1941.

Por fim, no que tange à possibilidade de os Municípios prestarem o serviço, a análise do arcabouço teórico jurisprudencial e normativo sobre a matéria, permite-nos a conclusão de que a inconstitucionalidade e a ilegalidade estão na obrigação da transferência, não na transferência em si. De tal modo, vislumbramos possível uma interpretação conforme à Constituição (e às leis) no sentido de entender a obrigatoriedade do art. 218 da citada resolução normativa em uma faculdade. Essa interpretação sustentar-se-ia na presença de dois seguintes requisitos: i) declaração de vontade do município, por meio de contrato específico para esse fim; ii) a prestação do serviço de iluminação pública deve-se dar, invariavelmente, de forma indireta, figurando no contrato a União (ou Estado) como poder concedente, a concessionária como distribuidora e o Município como terceiro interveniente.

Ainda que essa não se faça uma solução ideal, considerando o grande contingente de Municípios que receberam a transferência, conforme a pesquisa citada, essa seria uma solução possível a fim de salvar não apenas a juridicidade da transferência dos ativos (e do serviço) de iluminação pública, mas o próprio direito à luz nos espaços públicos das cidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Tübingen: Mohr, 1951.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípio Gerais de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARACHO, José Alfredo. **O Princípio de Subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. **Atlas de Energia Elétrica do Brasil**. Brasília: Aneel, 2008.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Voto no processo n. 48500.002402/2007-19. Julgado em 09 set. 2010. Relator: Diretor Romeu Donizete Rufino. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/aren2010414_1.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.847/SC. Relator Min. Gilmar Mendes, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.349/ES. Relator Min. Eros Grau, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.221/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso, 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.954/AC. Relator Min. Marco Aurélio, 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar da Ação Cautelar Inominada n. 1.255/RR. Relator Min. Celso de Mello, 2007

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão Min. Eros Grau, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 996/DF. Relator Min. Celso de Mello, 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 2.299/RS. Relator Min. Moreira Alves, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CROLEY, Steven. **Regulation and Public Interests**: The Possibility of Good Regulatory Government. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DAMKOWSKI, Wulf. **Die Entstehung des Verwaltungsbegriffes**: eine Wortstudie. Schriften zur Verwaltungslehre. Livro 6. Köln (et. al.): Carl Heymanns, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRISCHMANN, Brett. **Infrastructure: The Social Value of Shared Resources**. New Your: Oxford University Press, 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRUNWALD, Jürgen. **Das Energierecht der Europäischen Gemeinschaften: EGKS-EURATOM-EG**. Grundlagen, Geschichte, Geltende Regelungen. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften, 2003.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1958-1963: Papa João XXIII). *Mater et Magistra: sobre a recente evolução da questão social à luz da doutrina cristã*, 1961, parágrafo 57. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_jxxiii_enc_15051961_mater_po.html>. Acesso em: 21 dez. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da *indústria da energia* na Constituição e para a identificação de *uma política energética constitucional: a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta*. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 29, Belo Horizonte, abr./jun. 2010.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de Serviço Público: a equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídicos dos bens públicos empregados na geração de energia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 50, Forense, jan./mar. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**. Vol. I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1895.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português**. 2ª ed. Livro I: Parte Geral. Tomo II: Coisas. Coimbra: Almedina, 2002.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIBEM, Marcelo Arbix. Corte de serviço público por inadimplência de pessoa jurídica de direito público. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 26, Fórum, abr./jun. 2009.

PASQUALINI, Alexandre. Postes toponímicos: concessão de serviço público. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, Fórum v. 12, n. 41, jul./set. 2011.

PLATA, Alberto Montaña. **El concepto de servicio público en el derecho administrativo**. 2ª ed. Bogotá: Digiprint, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo II: Bens. Fatos jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, n. 31, Fórum, jul./set. 2010.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, Carlos Medeiros. O Poder Regulamentar e sua Extensão. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas, v. 20, abr/jun 1950.

SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio econômico financeiro nas concessões de serviços públicos. **Temas de Direito Público** (estudo e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Trabalho enviado em 03 de janeiro de 2017.

Aceito em 06 de abril de 2017.